


وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة 08 ماي 1945 قالمة

كلية الحقوق والعلوم السياسية



الملتقى الوطني حول

الملكية العقارية الخاصة والقيود الواردة عليها في التشريع الجزائري

فعاليات الملتقى يومي 25 و26 سبتمبر 2013

مجمع هيليو بوليس قالمة

الموقع الإلكتروني للجامعة

www.univ-guelma.dz

العنوان

ص ب 401 جامعة قالمة 24000

بسم الله الرحمن الرحيم

"ولا تدع من دون الله ما لا ينفعك ولا يضرك فإن
فعلت فإنك إذا لمن الظالمين ، وإن يمسسك الله
بضر فلا كاشف له إلا هو وإن يردك بخير فلا راد
لفضله يصيب به من يشاء من عباده وهو الغفور الرحيم ".

صدق الله العظيم

سورة يونس آية 106،107

كلمة افتتاحية لرئيس اللجنة التنظيمية

الحمد لله الذي لا يبلغ مدحته القائلون، ولا يحصي نعماءه العادون، ولا يؤدي حقه المجتهدون، الذي لا يدركه بعد الهمم ولا يناله غوص الفطن، الذي ليس لصفته حد محدود، ولا نعت موجود ولا وقت معدود، ولا أجل ممدود، فطر الخلائق بقدرته، ونشر الرياح برحمته، ووتد بالصخور ميدان أرضه، والصلاة والسلام على سيد المرسلين وسيد الأولين وعلى آله وصحبه أجمعين نشكر الله سبحانه وتعالى الذي يسر لنا السبيل ووفقنا في إنجاز هذا العمل.

وإنه لمن دواعي السرور أن أتقدم إليكم جميعا، وإلى كل ضيوفنا من داخل الوطن نيابة عن أعضاء اللجنة العلمية والتنظيمية للملتقى وأصالة عن نفسي بالشكر الجزيل لتلبيتكم دعوتنا، والامتنان لما بذلتموه من جهد ووقت حتى تشاركونا آراءكم وأفكاركم ومعلوماتكم.

أيها السادة والسيدات إنه لا يخفى على أحد بمكان أهمية هذا الملتقى الوطني توقيتا وموضوعا، هذه الأهمية التي ستزداد جلاء من خلال مداخلات الأساتذة المشاركين الأجلاء على امتداد يومين كاملين.

وعليه أيها الحضور الكريم فإننا نهيب بكل المتدخلين والمختصين في الدراسات القانونية ، أن تكون اقتراحاتهم وتوصياتهم التي سيتوجون بها ملتقانا نبراسا يستنير به كل باحث علم يحب وطنه.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته

رئيس اللجنة التنظيمية

أ.خير الدين فنطازي

إشكالية الملتقى

ان الملكية العقارية في الجزائر لها مكانة مهمة في التشريع، بل ومن أهميتها صار تكريسها بنص الدستور، مما جعلها من بين المقدسات الثابتة بنص الدستور وجملة النصوص القانونية المختلفة والمتعددة، لتكريس قدسيتها تارة، وتقييدها في بعض الحالات تارة أخرى، والتي تهدف إلى الإمام بمختلف الجوانب القانونية للمكية العقارية في الجزائر،ليطرح التساؤل القانوني الشهير حول هاته الملكية وحول القيود التي تثقلها، فما هي قيود الملكية العقارية في الجزائر، وما مدى تأثير تلك القيود على قدسيتها، هل تعد انتقاصا من مكانتها، أم أنها تحقق غاية أسمى في طريق العدالة الاجتماعية المنشودة ؟.

محـاور الملتقــى :

المحور الأول: الاطار المفاهيمي للملكية العقارية الخاصة

أولا:مفهوم الملكية العقارية الخاصة بين التشريع الجزائري والمقارن

ثانيا:طرق كسب الملكية العقارية الخاصة وقواعد اثباتها

ثالثا: حماية الملكية العقارية الخاصة

المحور الثاني:قيود استعمال الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري

أولا: قيد التعسف

ثانيا:قيد مضار الجوار غير المألوفة

المحور الثالث:قيود سلطة التصرف في الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائر

أولا:الشفعة

ثانيا:نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة

ثالثا: الوقف

المحور الرابع:قيود سلطة الاستغلال في الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائر

أولا: قيود التلاصق في الجوار بالنسبة للملكية العقارية الخاصة

ثانيا: القيود الارتفاقية للملكية العقارية الخاصة

شروط المشاركة :

1. تكتب المداخلة طبقا للأصول العلمية المتعارف عليها، باللغة العربية أو الانجليزية أو الفرنسية.
2. تكتب المادة العربية بخط Simplified Arabic حجم 14، أما الفرنسية فبخط Times New Roman، حجم 12.
3. تتراوح صفحات البحث من 15 – 20 صفحة A4.
4. يرسل الملخص والمداخلة الكاملة على البريد الالكتروني للملتقى، ولا تقبل الفاكسات.

5. يشترط أن يكون البحث أصليا لم يتم نشره من قبل، ولم يسبق أن قدم في مؤتمرات أو ملتقيات علمية سابقة.
6. تخضع جميع البحوث للتحكيم العلمي.
7. لا تقبل المداخلات المشتركة، ولا يقبل تقديم أكثر من مداخلة.
8. ترفض المداخلات التي لا يتطابق مضمونها مع الملخص المرسل.
9. لا تؤكد المشاركة إلا بعد الإستقبال النهائي للمداخلة كاملة على الموقع الإلكتروني.

اللجنة العلمية للملتقى:

* **رئيس اللجنة العلمية :**

د. خليل بوصنوبرة

* **أعضاء اللجنة :**

* أ.د عبد الرحمن لحرش جامعة عنابة
* د. وداد غزلاني جامعة قالمة
* د.مسعود بوصنوبرة جامعة قالمة
* د.عصام نجاح جامعة قالمة
* د.خليفة محمد جامعة عنابة
* د.ميهوب يزيد جامعة برج بوعريريج

اللجنة التنظيمية للملتقى:

- **الرئيس الشرفي :** الاستاذ الدكتور نمامشة محمد
رئيس جامعة 08 ماي 1945 قالمة.

رئيس اللجنة التنظيمية

أ.فنطازي خير الدين جامعة قالمة

*** أعضاء اللجنة :**

* د. نبيل كريبس جامعة قالمة
* أ.فنطازي خيرالدين جامعة قالمة
* أ.سهيلة بوخميس جامعة قالمة
* أ.فاروق فرنان جامعة قالمة
* أ.سامية العايب جامعة قالمة
* أ. منى مقلاتي جامعة قالمة
* أ. راضية مشري جامعة قالمة
* أ. سفيان حديدان جامعة قالمة

برنامج اليوم الأول: 25 سبتمبر 2013

مراسيم الافتتاح: التاسعة صباحا

المداخلة الافتتاحية: د.خليل بوصنوبرة ، الأساس القانوني للملكية العقارية الخاصة، جامعة قالمة

	التوقيت	المداخل	عنوان المداخلة	الجامعة
	الجلسة الأولى :رئيس الجلسة أ.د/محمد الصغير بعلي			
الفترة الصباحية	10:00 – 10:20	د.محمد حسون	مفهوم الملكية العقارية الخاصة بين التشريع الجزائري والمقارن	قالمة
	10:20 – 10:40	أ.د بوزيد لزهاري	الأساس الدستوري لحق الملكية الخاصة	الجزائر
	10:40 – 11:00	د.براوي عمر	الرقابة القضائية على قرارات المحافظة العقارية	مجلس الدولة
	11:00 – 11:20	أ.د محمد الصغير بعلي	النظام القانوني لنزع الملكية العقارية للمنفعة العامة	عنابة
	11:20 – 11:40	أ.سماح فارة	نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة كقيد على حق الملكية العقارية	قالمة
	11:40 – 12:10	مناقشة عامة		
	الجلسة الثانية : رئيس الجلسة أ,د/ عمار بوضياف			
	التوقيت	**المداخل**	**عنوان المداخلة**	**الجامعة**
	12:10 – 12:30	أ.د عمار بوضياف	منازعات نزع الملكية للمنفعة العامة وإشكالاتها القانونية	تبسة
	12:30 – 12:50	د.زرارة عواطف	مضار الجوار غير المألوفة	خنشلة
	12:50 – 13:10	أ.أحمد رضا صنوبر	دور القاضي في تحديد وتقدير مضار الجوار غير المألوفة	تلمسان
	13:10 – 13:30	أ.منى مقلاتي	التعسف في استعمال الملكية العقارية الخاصة	قالمة
	13:30 – 14:00	مناقشة عامة		

برنامج اليوم الثاني: 26سبتمبر 2013

الفترة	التوقيت	المداخل	عنوان المداخلة	الجامعة
	الجلسة الأولى : رئيس الجلسة د / خليل بوصنوبرة			
	التوقيت	المداخل	عنوان المداخلة	الجامعة
الفترة الصباحية	09:00 – 09:20	أ.خير الدين فنطازي	الوقف كقيد على سلطة التصرف في الملكية العقارية الخاصة	قالمة
	09:20 – 09:40	أ.الدراجي خدروش	أسباب الشفعة وإجراءاتها	قالمة
	09:40 – 10:00	أ.سهيلة بوخميس	الاستيلاء الشرعي على الملكية العقارية الخاصة في ظل التشريع الجزائري	قالمة
	10:00 – 10:20	أ.مايا دقايشية	الوصية كقيد على الملكية العقارية الخاصة	قالمة
	10:20 – 10:40	د.حفصية بن عشي	ارتفاق المرور كقيد على الملكية العقارية الخاصة	باتنة
	10:40 – 11:10	مناقشة عامة		
	الجلسة الثانية : رئيس الجلسة د/حسون محمد علي			
	التوقيت	المداخل	عنوان المداخلة	الجامعة
	11:10 – 11:30	أ.حكيمة عمورة	"مفهوم حق المطل كقيد على الملكية العقارية الخاصة و تأثير تقريره على سلطات المالك"	باتنة
	11:30– 11:50	أ.سهام عباسي	دور التلاصق في الجوار في تقييد الملكية العقارية الخاصة «دراسة في ظل التشريع العقاري	باتنة
	11:50 – 12:10	د. أحمد دغيش	قيد التعسف في استعمال الملكية العقارية الفلاحية الخاصة	بشار
	12:10– 12:30	أ.حنان موشارة	قيود الملكية العقارية الخاصة الواردة في صيغ بعض البيوع العقارية	قالمة
	12:30 – 13:00	مناقشة عامة		

د.خليل بوصنوبرة

الأساس القانوني للملكية العقارية الخاصة

جامعة قالمة

إذا كان حق الملكية من الحقوق الأساسية التي اهتمت التشريعات منذ القدم بتنظيم و ضبط نطاقه و كيفية استعماله و حمايته من التعدي و ان هذا الاهتمام يبرره الارتباط الوثيق بين النظام السياسي و الاقتصادي السائد في بلد و في وقت ما
و في هذا الاطار تعتبر الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية الاخرى من اهم الثروات التي يرتكز عليها النظام الاقتصادي و نظرا لاهمية العقار في تحقيق النمو و الازدهار للمجتمع فان المنازعات حوله تكثر و تتعدد خاصة اذا كانت الاحكام القانونية التي تضبطه غير دقيقة ومبعثرة في عدة نصوص كما هو الحال في الجزائر فضلا عن التذبذب الذي عرفته التوجهات السياسية و الاقتصادية للبلاد و ذلك في التحول من الاهتمام و دعم الملكية الجماعية الى دعم و تأبيد الملكية الفردية.
من هذا المنطلق يتضح لنا بان مفهوم الملكية العقارية يبقى مجاله واسعا و يغرز عدة مشاكل وعليه فالاشكالية المطروحة حول النظام القانوني الذي يحكم الملكية العقارية ؟

د.محمد علي حسون

مفهوم الملكية العقارية الخاصة بين التشريع الجزائري والمقارن

جامعة قالمة

مقدمـــــة :

تعتبر الملكية العقارية من أهم المواضيع وأعقدها على الإطلاق ويدخل نظام الملكية العقارية في صميم القانون المدني و لم يرد تعريف له في قانون العقوبات، لذا فالقاضي الجزائي له الاستعانة بنصوص القانون المدني و القوانين الخاصة. وتصنف الأملاك العقارية طبقا للدستور وللمادة23 من قانون التوجيه العقاري إلى ثلاثة أصناف هي : الملكية العقارية الخاصة، الملكية العقارية الوطنية ، الملكية العقارية الوقفية.

الأملاك العقارية الوطنية

طبقا للمادة 23 من قانون التوجيه العقاري تعرف الأملاك العقارية الوطنية بأنها » الأملاك العقارية و الحقوق العينية العقارية التي تملكها الدولة و جماعاتها المحلية » ، إذا فالأملاك العقارية الوطنية العامة هي أملاك أشخاص المعنوية التابعة للقانون العام المتمتعة بإقليم ، و هي الدولة و الولاية و البلدية، و تنقسم هذه الأملاك بدورها إلى الأملاك العقارية الوطنية العمومية و الأملاك العقارية الوطنية الخاصة .

الأملاك العقارية الوقفية

تعرف الأملاك العقارية الوقفية طبقا للمادة 31 من قانون التوجيه العقاري على أنها « الأملاك العقارية التي حَبَّسَهَا مالكها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائما تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة أو مسجد أو مدرسة قرآنية سواء كان هذا التمتع فوريا أو عند وفاة الموصين الوسطاء اللذين يعينهم المالك المذكور »،

أما الملكية العقارية الخاصة ، والتي نظمتها أحكام المواد 674 من القانون المدني الجزائري وما يليها **فهي موضوع مداخلتنا** سنتطرق في هذه المداخلة إلى مفهوم الملكية العقارية الخاصة في مبحث أول وإلى عناصرها وأنواعها في مبحث ثاني.

المبحث الأول : مفهوم الملكية العقارية الخاصة

نتطرق للمفهوم من خلال تعريف الملكية العقارية وتعريف العقار .

وان التطرق لتعريف الملكية العقارية يجعلنا نتطرق إلى تعريف العقار أولا .

المطلب الأول: تعريف العقار. سنعرف على العقار لغتا و اصطلاحا وتشريعا .

تعريف العقار لغة : نقف على معنيين لكلمة العقار لغة هما .

*العقار هو كل ملك ثابت له أصل كالأرض والمنزل ومتاع البيت وجمعه عقارات .

*العقار الحر هو ما كان خالص الملكية يأتي بدخل سنوي دائم ويسمى ريعا.

تعريف العقار اصطلاحا: العقار هو الشيء الثابت المستقر في مكانه ، غير قابل للنقل منه إلى مكان آخر بدون تلف.

تعريف العقار في التشريع الجزائري : لقد عرف المشرع الجزائري العقار بأنه: " كل شيء مستقر بحيز ، وثابت فيه ولا يمكن نقله دون تلف فهو عقار وكل ماعدا ذلك من شيء فهو منقول .

فالعقار إذا هو الشيء الثابت غير القابل للنقل من مكان إلى آخر بدون تلف وهذا خلافا للمنقول الذي يعد بحكم طبيعته قابلا للنقل والحركة ، ، لذا نجد أن المشرع الجزائري قد ميز في ق.الإجراءات المدنية والإدارية بين المنقول والعقار في الباب الخاص .بالاختصاص القضائي .

فأرجع ولاية النظر في القضايا المتعلقة بالعقارات والحقوق العينية إلى محكمة موطن العقار أما في المواد المنقولة فالمحكمة التي يؤول إليها الاختصاص هي محكمة موطن المدى عليه لأن المنقول ليس له موقع " موطن " ثابت بحكم طبيعته التي تسمح بنقله من مكان إلى آخر .

المطلب الثاني : تعريف الملكية العقارية الخاصة .

تعتبر الملكية العقارية من أهم المواضيع وأعقدها ويظهر ذلك من خلال تعدد القوانين المعاصرة في الجزائر والقانون المقارن التي تعرضت لها .سوف نتطرق للبعض منها .

ـ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر بفرنسا في 26 غشت 1789 عرف الملكية العقارية الخاصة في المادة 17 كما يلي " تعتبر حق الملكية حقا مقدسا حيث أنه لايمكن أن يحرم أي أحد منه، إلا إذا فرضت الضرورة العامة ذلك شرط أن يكون بصورة قانونية ودفع تعويض عادي ومسبق."

ـكما عرف الدستور المغربي الملكية العقارية الخاصة في الفصل 15 منه حيث تنص على أن "حق الملك مضمون للقانون أن يحد من مداه واستعماله، إذا دعت إلى ذلك ضرورة النمو الاقتصادي والاجتماعي المخطط للبلاد،/ ولا يمكن نزع الملكية إلا في ما ينص عليه الفصل 10 من التشريع المطبق على العقارات المحفظة على أنه: "لا يجبر أحد على التخلي عن ملكه إلا لأجل المصلحة العامة أو وفق القوانين الجاري بها العمل في نزع الملكية".

ـ ونفس الوضع في الجزائر فالمراسيم والقوانين والأوامر التي صدرت منذ الاستقلال وخاصة م.02 من ق رقم 90/ 25 في 1990/11/18 المتضمن قانون التوجيه العقاري عرفت بان الأملاك العقارية في مفهوم هذا القانون " هي كل من الأرض أو الثروات العقارية غير المبنية ، فالملكية العقارية تخول سلطة مباشرة لصاحب العقار الذي يستطيع بموجبها أن يستعمله ويشغله ويتصرف فيه ضمن حدود القوانين والأنظمة المعمول بها" وهذا ما أكدته المادة 674 ق المدني الجزائري " أن الملكية هي حق التصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمال تحرمه القوانين و الأنظمة ."

" و عرّفت المادة 27 من القانون 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري، الملكية العقارية الخاصة كمايلي: "الملكية العقارية الخاصة هي حق التمتع و التصرف في المال العقاري و/أو الحقوق العينية من أجل استعمال الأملاك وفق طبيعتها أو غرضها".

المبحث الثاني : عناصر الملكية العقارية وأنواعها .

المطلب الأول : عناصر الملكية العقارية .

الفرع الأول : حق الانتفاع

هو حق عيني في الانتفاع بشيء مملوك للغير بشرط الاحتفاظ بذلك الشيء لرده إلى صاحبه عند النهاية حق الانتفاع الذي يجب أن ينتهي حتما بموت المنتفع ومنه فحق الانتفاع هو حق عيني يقع على الشيء غير قابل للاستهلاك .

وتنص المادة 844 ق م .الجزائري" أن حق الانتفاع يكتسب بالتعاقد وبالشفاعة أو بالتقادم أو بمقتضى القانون .

كما يجوز أن يوصى بحق الانتفاع للأشخاص المتعاقدين اذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية كما

يجوز ان يوصي به لمحل السكن .

الفرع الثاني: حق الاستعمال وحق السكن :

حق الاستعمال هو حق عيني يتقرر لشخص على مملوك لغيره ويخول صاحب هذا الحق استعمال الشيء لنفسه ولأسرته هو إذن فرع من فروع حق الانتفاع ، ومن هنا فحق الانتفاع يخول لصاحبه حق الاستعمال وحق الاستغلال محدود بحاجاته الشخصية هو واسرته والمقصود بالأسرة هو نفس المقصود بالأسرة في حق الاستعمال .

كما أن حق الانتفاع وحق الاستعمال يرد على العقار والمنقول أما حق السكن فلا يرد الا على العقار ، وبالذات على دار السكن .

كما أنه قد بين المشرع الجزائري حق الاستعمال وحق السكن في المادة 855 بمفهومه أن نطاق الاستعمال وحق السكن يتحدد بقدر ما يحتاج اليه صاحب الحق وأسرته خاصة أنفسهم وذلك دون الاخلال بالأحكام التي يقررها السند المنشأ للعقد .

الفرع الثالث : حق الارتفاق :

نصت م.867 ق.م . الجزائري "على أن الارتفاق حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر ويجوز أن يترتب الاتفاق على مال ان كان لا يتعارض من الاستعمال الذي خصص له هذا المال ."

فحق الارتفاق حق عيني عقاري لفائدة العقار المرتفق الذي يسمى بالعقار المخدوس ليجد من منفعة العقار المرتفق به والذي يسمى بالعقار الخادس .

كما أن حق الارتفاق ينشأ عن أسباب محددة نص عليها القانون ويتمثل موقع حق الارتفاق الذي يتنوع حسب العقار المرتفق به .

كما أن حق الارتفاق يتميز بخصائص تميزه عن باقي الحقوق الأخرى وهي أن حق الارتفاق هو حق تابع للعقار المرتفق هو حق دائم كما أنه غير قابل للتجزئة .

المطلب الثاني : أنواع الملكية العقارية .

يمكن تقسيم العقارات إلى ثلاثة أنواع :

الفرع الأول: عقارات بحسب الطبيعة

هي كل الأشياء المادية التي يكون لها بالنظر إلى كيانها موقع ثابت غير متنقل ، فتشمل بذلك الأرض وما يتصل بها على وجه الاستقرار من مباني وبنايات وأشجار

أولا–الأرض :

لا فرق في الأرض أن تكون قد أعدت للزراعة أو للبناء ، وتعتبر من العقارات بطبيعتها الأبنية المشيدة فوق الأرض على سبيل الثبات والاستقرار فالأشياء الثابتة المستقرة على الأرض أو في باطنها تعتبر عقارات دون النظر. إلى مالكها فلا يؤثر في طبيعتها العقارية ان كان مالكها غير مالك الأرض المقامة عليه كالأبنية التي يقيمها المستأجر بترخيص من المالك على الأرض المؤجرة فهي تعتبر عقارات بطبيعتها مادامت ثابتة ومستقرة في الأرض .

ثانيا–المباني :

هي عقارات بطبيعتها وتشمل جميع أنواع المنشآت المقامة عليه سواء على سطح الأرض أو تحتها، كالمساكن و المصانع والجسور والمخابئ والأنفاق والآبار واعمدة الإنارة طالما أنها مثبتة في الأرض ، تتخذ حيزا ثابتا و مستقرا فيها .

ويعتبر البناء ثابتا ولو كان من الخشب ، مادام مستقرا في الأرض .

ثالثا–النباتات المتأصلة في الأرض :

كل ما ينبت على سطح الأرض يعتبر عقارا بطبيعته ما دام متصلا به سواء بالنسبة للنباتات الصغيرة إلى الأشجار الكبيرة ، فجميع النباتات المتأصلة بالأرض تعتبر عقارا بطبيعتها .

ويشترط في النباتات المعتبرة عقارا أن تمتد جذورها في الأرض بحيث تتصل بالأرض اتصالا يحول دون إمكانية تنقلها فلا تعبر عقارا النباتات التي تنمو في أصيص ، لعدم اتصالها بالأرض على وجه الثبات .

الفرع الثاني: عقارات بحسب الموضوع

عرفها المشرع الجزائري بقوله:" يعتبر مالا عقاريا كل حق عين على عقار بما في ذلك حق الملكية ، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عين على عقار .

فالحقوق العينية الأصلية .كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الاستعمال وحق السكن والحقوق العينية التبعية. كالرهن الرسمي والرهن الحيازي وحق التخصيص وحقوق الامتيازات تعتبر عقارا إذا كان موضوعها عقارا غير أنها تعتبر منقولا إذا كان موضوعا منقولا .

الفرع الثالث: عقارات بحسب التخصيص

العقارات بالتخصيص هي منقولات بطبيعتها رصدت لخدمة أو استغلال عقار بطبيعته هو أيضا مملوك لنفس الشخص وذلك ما إذا خصص صاحب الأرض الزراعية مواشي والآلات الزراعية يستعين بها على زراعة أرض .

فالعقارات بالتخصيص هي منقولات منحت على سبيل المجاز، صفة العقار لأنها أعدت لخدمة العقار أو استغلاله أو مخصصة له وهذا ما تنص عليه الفقرة الثانية من م 863 من ق.م غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في العقار لا يملكه رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله .يعتبر عقار بالتخصيص .

ففكرة العقار بالتخصيص وردت في القانون عن طريق الافتراض أو الحيلة القانونية توصل إلى شمول أحكام العقارات عن المنقولات التي أعدت لخدمته أو استغلاله ، لتأمين الاستمرار بخدمته أو استغلاله بما يترتب منعا على بقاء طبيعتها المنقولة من أحكام وفصلها عن العقار المرصدة لخدمته وهذا يعرقل أو يعطل منفعة العقار أو استغلاله .

المراجع المعتمدة :

01 / القانون المدني الجزائري
02 / دستور 1996 الجزائر
03 / الدستور المغربي
04 / الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر بفرنسا في 26 غشت 1789
05 / ق.الإجراءات المدنية والإدارية . الجزائر
06 / الملكية والنظام العقاري في الجزائر. تأليف عمار علوي . دار هومة . 2003 . الجزائر
07 / قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري.الجزائر .
08 / د. عبد الرزاق سنهوري : الوسيط في شرح الق. المدني ، المجلد1، جزء4 ، دار النشر بالجامعة المصرية .
09 / -د.زهدي يكن، شرح : مفضل ق الملكية العقارية والحقوق العينية غير المنقولة . ج 1، ط03 دار الثقافة بيروت 1974.
10 / د. حمدي باشا عمر : نقل الملكية العقارية ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر 2002

أ.د بوزيد لزهاري

حق الملكية وحقوق الإنسان

مقرر لجنة حقوق الإنسان بالأمم المتحدة

المقدمة:

أجمعت دول العالم في اليوم العاشر من شهر ديسمبر عام 1948 بأن للإنسان حقوق يتوجب احترامها. وتجسد هذا الإجماع من خلال مصادقة الجمعية العامة للأمم المتحدة على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي تعزز فيما بعد بصدور مواثيق دولية خاصة بالحقوق الاقتصادية و الاجتماعية.

يقر الإعلان و مجموع تلك المواثيق بأن للإنسان كرامة يجب صيانتها؛ و أن له الحق في الحياة، و الحق في العيش الكريم، و الحق في التنقل، و الحق في العمل و السكن و الرعاية الصحية و الاجتماعية و ما إلى ذلك من حقوق.

و يهمنا في هذا المقام "حق الملكية" الذي خصه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ببند مستقل هو البند السابع عشر (17) الذي ورد فيه بالحرف :"لكل شخص حق التملك بمفرده أو بالإشتراك مع غيره، و لا يجوز تجريد أحد من ملكه تعسفا".[1]

و قد أولت بعض دول العالم "حق الملكية" أهمية بالغة ضمن القوانين المدنية التي تتبناها حتى أنها جعلته يأخذ صبغة حق مقدس.

والإشكال الذي يطرح نفسه هو حول موقف كل من الدساتير الجزائرية المتعاقبة وكذا المواثيق الدولية من حق الملكية الخاصة عموما؟.

أولا: موقف الدساتير الجزائرية من حق الملكية الخاصة

وبالرجوع إلى الدستورين 1963، 1976 نجدهما يعكسان تماما نمط السياسة الاقتصادية المعتمدة على النظام الاشتراكي، وما صاحبه من تغيرات طبقا للنصوص المتعلقة بالتسيير الذاتي وتحقيقا لأهداف الثورة الزراعية. فجاء كل من الدستورين خاليين من التطرق للملكية الخاصة، وبعد التغيرات التي عرفتها الجزائر صدر أول دستور يمجد الملكية الخاصة، حيث صدر دستور 23 فبراير 1989 الذي كرس مبدأ الملكية الفردية، فنصت المادة 49 منه على أن: « الملكية الخاصة مضمونة ...» ونص عليها في المواد: 17 – 18 – 20.

كما جاء دستور 1996 الذي نص على ثلاثة أصناف للملكية:

1 – ملكية وطنية وردت في المادتين 17 – 18.

2 – ملكية خاصة نصت المادة 52 منه على أنها مضمونة.

3 – ملكية وقفية وردت في المادة 52.

وبهذا كرست الملكية العقارية لتكون حقًّا دستوريًا مضمونًا. إلى جانب هذه الضمانات الدستورية وجدت ضمانات قانونية جاء بها قانون 90 – 25 المتضمن التوجيه العقاري والذي نص على الملكية الخاصة في العديد من مواده بمقابل قيود، ومن هذا نلاحظ أن العقار شهد جملة من النصوص التشريعية تعاقبت عليه عبر مراحل ردت الاعتبار للملكية الخاصة وبقيود نظرًا لأهميتها الاجتماعية والاقتصادية.

ضمانات حماية حق الملكية العقارية.

و هو حق ثابت أيضا في دساتير الدول على اختلاف نظامها السياسي، و مكرس في القوانين المدنية ، فإن الاعتداء على هذا الحق بمباشرة إجراء نزع الملكية للمنفعة العامة من قبل أحد الجهات الإدارية المخولة و دون مراعاة جوانب إجرائية ، فإن قرار النزع على النحو صدر مخالفا لما قرره القانون، بما يصح معه نعته بالقرار الغير مشروع . ومآل القرار الغير مشروع هو البطلان و الإلغاء إما من جانب سلطة إدارية أو سلطة قضائية.

–تكريس حق الملكية :

و قد مارس القضاء الإداري في مصر كما في دول أخرى دور حماية الحقوق الفردية منها حق الملكية باعتباره حقا دستوريا وحقا مدنيا. ففي قرار للمحكمة الإدارية بمصر بتاريخ 1998/01/18 الطعن 288 لستة 33 ق ذهبت المحكمة إلى القول " ومن حيث أن قضاء هذه المحكمة جرى على أنه وفقا لأحكام الدستور والقانون فإنه بالنسبة لنزع ملكية العقارات اللازمة للمنفعة العامة، يتعين مراعاة قاعدة أساسية أساسها الموازنة بين مصلحة الدولة وحقها في الاستيلاء على العقارات المملوكة ملكية خاصة لمشروعاتها العامة وبين حق الملكية الخاصة لذوي الشأن من ملاك هذه العقارات. وتتمثل هذه القاعدة الجوهرية في أن تكون العقارات بالحتم والضرورة لازمة للمنفعة العامة بحيث يجب أن يكون المشروع المحقق للمنفعة العامة في حاجة حقيقية وضرورية لهذه العقارات..."[2]

أما في الجزائر يعتبر حق الملكية من أقدم الحقوق المدنية وهو حق دستوري . غير أن الدستور الجزائري وإن كان من جهة قد اعترف للفرد بحق الملكية بموجب المادة 52 منه فإنه من جهة أخرى اعترف للسلطة العامة بمباشرة إجراءات نزع ملكيته بتعويض قبلي عادل ومنتصف وهو ما تأكد بموجب القانون رقم 91-11 وتطبيقا لهذه النصوص تولى القضاء الإداري مهمة الرقابة على جهة الإدارة عند مباشرتها لعملية النزع بغرض المحافظة على حقوق المنزوع ملكيته[3]، حيث اعترف المجلس للمنزوع ملكيتهم بتعويض قدره 23.000.000.00 دينار وأقر مجلس الدولة نفس الحق في قرار سابق له [4]كما أقر ذات المجلس حق المالكين في استرجاع أملاكهم المنزوعة إذا لم ينفذ قرار النزع خلال مدة 5 سنوات[5]، واحتراما لحق الملكية

اعتبرت المحكمة العليا الممثلة في غرفتها الإدارية أن رفض منح رخصة بناء لأسباب غير ثابتة وبعد فوات المدة المحددة قانونا يعد تجاوز للسلطة .

كما اعتبرت ذات الغرفة أن القيام بعملية هدم البنايات مع وجود رخصة بناء يعد تجاوزا للسلطة وأن كل عملية هدم تحتاج إلى صدور حكم قضائي .

ثانيا: موقف المواثيق الدولية من حق الملكية

و حق الملكية و هو حق من حقوق الإنسان كفله الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة 17 منه. و ثبته العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية.

و من البديهي أنه لا يكفي النص على حقوق وحريات الإنسان في الدساتير- يستوي في ذلك الحقوق والحريات الاقتصادية أو غيرها من الحقوق والحريات، بل لابد من وضع ضمانات للحيلولة دون انتهاكها. فالعبرة فيما يتعلق بمدى احترام حقوق الإنسان لا تكمن في النظر إلى من الذي يحكم في مجتمع ما قدر ما تكمن في كيف يحكم هذا الذي يحكم، بما يعنيه ذلك من صعوبة احترام حقوق الانسان إلا في ظل الأنظمة الديموقراطية الحقة وليس الأنظمة الديمقراطية الشكلية أو الظاهرية.

وعادة ما تتمثل هذه الضمانات في مجموعة من النصوص والأحكام القانونية الدستورية، والآليات العملية التي تكفل احترام وتطبيق حقوق وحريات الإنسان. والحقيقة كم هي عديدة الضمانات التي تكفلها المواثيق والإعلانات والعهود الدولية، وكذا الدساتير الوطنية بغية حماية حقوق الإنسان، ومن بينها بطبيعة الحال حق الملكية. ولعله مما يلفت النظر بصدد هذه الضمانات أنها ليست فقط متداخلة مع بعضها البعض، بل قد يتداخل بعضها مع مفهوم الحقوق والحريات ذاته من ناحية، ومع بعض الآليات المستخدمة لتوفير الحماية اللازمة لهذه الحقوق والحريات من ناحية أخرى.

غير أن الأهم من ذلك أن تحديد هذه الضمانات والنص عليها في المواثيق والإعلانات والعهود والدساتير يعتبر أمرا مهما وضروريا، إذ بدون ذلك يصبح حق الملكية المقرر للأفراد مجرد تعهدات أو نصوص نظرية، أي مجرد حبر على ورق لا قيمة لها من الناحية العملية. ويمكن القول أنه بقدر ما تكون الحقوق والحريات —حق الملكية — أكثر وضوحا وتحديدا بقدر ما تكون درجة احترام الدول صاحبة الدساتير المتضمنة لها. فالعبرة دائما بتوافر الضمانات اللازمة لحماية الحقوق والحريات، وبمدى التزام السلطات الحاكمة بهذه الضمانات وتقيدها بها أكثر منه بمدى شمول دساتير الدول للنصوص والأحكام المتعلقة بهذه الحقوق والحريات.

تتمثل أقوى الضمانات لحماية حقوق الإنسان بصفة عامة، و حق الملكية بصفة خاصة في خضوع الدولة نفسها للقانون، وإلا فلا مجال على الإطلاق للحديث عن أية حقوق للإنسان. [34] ويعزى ذلك في

المقام الأول إلى وجود قضاء مستقل يلجأ إليه من انتهكت حقوقه، خاصة إذا كانت الانتهاكات صادرة عن سلطات الدولة من ناحية، كما يعزى إلى إعمال مبدأ الرقابة على دستورية القوانين من ناحية أخرى.

ويعد استقلال القضاء في واقع الأمر الآلية الأبرز على المستوى الوطني لحماية حقوق الإنسان بكافة صورها. ولهذا لم يكن غريبا أن ينص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في عام 1948 على مبدأ استقلال القضاء في المادتين الثامنة والعاشرة منه بوصفه الضمانة القضائية الرئيسية لكفالة واحترام حق الملكية. كما أن مبدأ الرقابة على دستورية القوانين، باعتبار أن دستور أية دولة يعد بمثابة القانون الأسمى الذي ينبغي أن تهتدي به – ولا تخالفه – أية قاعدة قانونية عادية يجعل من المحاكم الدستورية العليا التي تحتل قمة السلطة القضائية في كثير من البلدان بمثابة آلية أخرى مهمة تعزز كفالة حقوق الإنسان وتحميها.

كما أكد العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الصادر في عام 1966 على مجموعة من الضمانات الدولية المقررة لحماية وكفالة الحقوق والحريات التي تضمنها، إذ أشار في المادتين الثانية والثالثة منه حق كافة الأفراد في التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة فيه على قدم المساواة ودونما تفرقة لأي سبب من الأسباب. وأشار في المادة السادسة إلى حق كل فرد في الحصول على فرصة عمل مناسبة تأمينا لمعيشته وبإختياره مع كفالة الخطوات اللازمة لإعمال هذا الحق ووضع البرامج والسياسات الملائمة للارتقاء بكفاءة الفرد ومستواه التدريبي. كما أشار في المادة السابعة منه إلى حق كل فرد في المجتمع في شروط عمل صالحة وعادلة تضمن له ليس فقط المكافآت المناسبة، بل وتوفر له أيضا ظروف عمل مأمونة وصحية، فضلا عن فرص متساوية في الترقي إلى مستويات أعلى. كما أورد في المادة الثامنة الإشارة إلى حق الأفراد في إنشاء النقابات المهنية والانضمام إليها بحرية واختيار كاملين، وبما يعزز حقوق الأفراد ويحقق مصالحهم الاقتصادية والاجتماعية. كما نص في ذات المادة على حق الأفراد في الإضراب كوسيلة للضغط من أجل نيل حقوقهم والدفاع عن مصالحهم المشروعة والمعترف بها.

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه على الرغم من أهمية الإضراب كوسيلة للدفاع عن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية للأفراد، إلا أن العهد المذكور قد أعطى للدول حق التدخل لتنظيم طريقة مباشرة حق الإضراب، الأمر الذي قد يسمح لها بالتوسع في تفسير هذه الرخصة الممنوحة لها بمقتضى الوثيقة الدولية مما قد يفرغ حق الإضراب من مضمونه. غير أن المجتمع الدولي لم يعدم الوسائل التي تمكنه من ممارسة دور في الضغط على الدول الأعضاء من أجل حثها على احترام حقوق الإنسان داخل أقاليمها. ومن ثم لم يقف فيما يتعلق بموضوع حقوق الإنسان وحرياته عند مجرد التأكيد على هذه الحقوق والحريات، ووضع المعايير الدولية بهذه الخصوص، وإنما أوجد لنفسه العديد من أشكال وصور الضغط التي تتجاوز مجرد استخدام أساليب الضغط المعنوي أو الأدبي في توجيه اللوم للدول المخالفة مثل الإدانة اللفظية في المحافل الدولية إلى سلطة رقابية وإشرافية دولية حقيقية للوقوف على مدى التزام الدول بالمعايير الدولية بهذا الخصوص.

خاتمة:

إن الدساتير الجزائرية المتعاقبة أكدت على الحقوق الاقتصادية عامة و على حق الملكية خاصة لمواطنيها، ونصت عليها على نحو واضح وصريح يتفق إلى حد بعيد مع ما جاء في المواثيق والإعلانات والعهود والاتفاقيات الدولية،. كما بينت كيف أن معظمها لم يقصر في النص صراحة على الضمانات التي تكفل احترام هذه الحقوق.

بيد أنه رغم كل ذلك، فإن الاحترام الفعلي لحق الملكية والحقوق المتفرعة عنه لا يزال موضع جدل وخلاف كبيرين باعتبار أن العبرة ليست بالنصوص الدستورية المتعلقة بهذه الحقوق أو ضماناتها، بل في النية الصادقة والرغبة الأكيدة والحرص الصادق والجهود المخلصة من قبل السلطات القائمة في الجزائر على بذل أقصى الجهد لضمان تحقق هذه الحقوق للأفراد على أرض الواقع. فمثل هذه الحقوق تستند أولاً وأخيراً وجوداً وعدماً على مدى التطور الاقتصادي والاجتماعي للمجتمع. بل يمكن القول بأن الأمر أكثر تعقيداً من ذلك، نظرا لعلاقة التأثير والتأثر بين مختلف الحقوق وبعضها البعض. فإن كان ليس كل تركيب يقود بالضرورة إلى التعقيد، إلا أن علاقة التداخل والتشابك والتركيب بين الحقوق والحريات السياسية والمدنية وبين الحقوق والحريات الاقتصادية والاجتماعية هي علاقة معقدة يصعب معه القول بأولوية أي منهما على الأخرى. كحق المواطن في السيطرة على موارده وثرواته الطبيعية. وكذا .

غير أنه علينا أن نكون دائما متفائلين، ولا ننسى الدور البارز الذي تلعبه المنظمات غير الحكومية في هذا الصدد مثل المنظمة العربية لحقوق الانسان [6]، واتحاد المحامين العرب، واللجان الوطنية لحقوق الإنسان مثل اللجنة الوطنية لحقوق الإنسان في مصر واللجنة الوطنية لحقوق الإنسان في قطر، والاهتمام الواسع النطاق الذي تبديه بقضايا حقوق الإنسان بصفة عامة، والحقوق الاقتصادية والاجتماعية بصفة خاصة في المجتمعات العربية، والذي لاشك سوف يؤتي ثماره مع الوقت. بيد أن مثل هذه المنظمات مطالبة ببذل المزيد من الجهد، وعلينا جميعا أن نقدم لها مزيدا من الدعم والتشجيع. ولا ننسى أن ما تحقق من احترام للحقوق الاقتصادية والاجتماعية ولحقوق الإنسان بصفة عامة في المجتمعات المتقدمة لم يتحقق بين عشية وضحاها، بل جاء بعد جهد ومعاناة كبيرين.

الهوامش:

[1]- أنظر نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان باللغتين الفرنسية و الانجليزية على موقع الجمعية العامة للأمم المتحدة :
www.un.org
و النص العربي على الموقع :
www.un.org/arabic

[2]أشار إليه الدكتور محمد منير، دور القضاء الإداري في ترسيخ مبدأ المشروعية من خلال الأحكام القضائية، مطبوعات المنظمة العربية للتنمية الإدارية،2008 ،ص40.

[3]- من ذلك القرار الصادر عن الغرف المجتمعة على مستوى مجلس الدولة بتاريخ 22-07-2003 ملف رقم 008247 (وزير السكن ضد ورثة ج).

[4]- بتاريخ 25-06-2002 ملف 012368 (وزير السكن ضد ورثته ش.ع).

[5] - وهذا ما تجلى صراحة في القرار الصادر بتاريخ 15.04.2003ملف 006222 قضية ورثة ق.ع ضد ولاية بتيزي وزو.

[6] – حيث تنص المادة 25 من الميثاق العربي لحقوق الإنسان الذي اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار مجلس جامعة الدول العربية 5427 المؤرخ في 15 سبتمبر 1997 على: **حق الملكية الخاصة مكفول لكل مواطن ويحظر في جميع الأحوال تجريد المواطن من أمواله كلها أو بعضها بصورة تعسفية أو غير قانونية.**

د.بوراوي عمر

الرقابة القضائية على قرارات المحافظة العقارية

مستشار بمجلس الدولة

مقدمة:

بعد صدور مرسوم 1962/12/31، الذي يقضي بإبقاء العمل بالنصوص التشريعية الصادرة في ظل العهد الاستعماري، باستثناء ما يتنافى مع مبادئ الثورة التحريرية، فإن المشرع الجزائري لم يبين كيفية تطبيق أحكام الشهر العقاري الفرنسية،الخاصة بالرهون العقارية لا سيما منها القانون رقم 41/59 المؤرخ في 03/01/1959المعدل بالقانون رقم 1986/59 المؤرخ في 1959/12/28 بحيث لم يستحدث أي هيئة إدارية متعلقة بالشهر العقاري.

و بعدها صدر مرسوم 75/74المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي و تأسيس السجل العقاري،و أوكلت مهمة تنظيم المحافظة العقارية و قواعد سيرها، و شروط تعيين المحافظين العقاريين إلى الجهة الوصية و المتمثلة في وزارة المالية في المادتين 20 و21 منه .

ثم صدر مرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 الذي كان يقضي أن المحافظة العقارية عبارة عن مكتب تحت وصاية وزارة المالية كما جاء في المادة 01 منه، التي تقضي:" تحدث لدى المديرية الفرعية للولاية لشؤون أملاك الدولة و الشؤون العقارية،محافظة عقارية يسيرها محافظ عقاري".

كما صدر في هذا الشأن مرسوم رقم 212/87 المؤرخ في 29/09/1987الذي يحدد كيفيات تنشيط أعمال الهياكل المحلية التابعة للإدارة المالية و تنسيقها و كذلك جمعها على مستوى الولاية و المهام الموكلة للمحافظات العقارية وتحديد كيفية مراقبة ذلك.

كما أن مهمة التفتيش و المراقبة أوكلت إلى مفتش منسق للمصالح الخارجية لوزارة المالية الذي يعمل تحت وصاية الوالي.أما في سنة 1991 ،صدر المرسوم التنفيذي رقم 91/65المؤرخ في 1991/03/02 المتعلق بتنظيم المصالح الخارجية لأملاك الدولة و الحفظ العقاري و سيرها، و جاء فيه أن المحافظة العقارية تعتبر هيئة إدارية تابعة للمديرية العامة للأملاك الوطنية على مستوى وزارة المالية، حيث أوكل لمديرية الحفظ العقاري مهمة مراقبة أعمال المحافظة العقارية الدائرة في اختصاصها الإقليمي.

فما طبيعة المحافظة العقارية وما هي حدود اختصاصاتها ؟ ومن هي الجهة القضائية المختصة بالرقابة على الأعمال الصادرة منها؟.

المطلب الأول: مفهوم المحافظة العقارية

إن المشرع الجزائري قد أخذ بنظام الشهر العيني ، وهذا واضح من الأمر رقم 75/74المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري هذا الأمر الذي وضع حيز التطبيق بمتقضى المرسومين62/76 و 76 / 63المؤرخين في 25 مارس 1976 وقد أسندت هذه النصوص مسك السجل العقاري إلى مصلحة إدارية يشرف عليها محافظ عقاري تابع لإدارة المالية ولم يسند ذلك إلى قاضي عقاري كما هو الشأن في التشريع الألماني

ولكن هذا النظام لا يمكن أن يطبق إلا إذا تم مسح كل أراضي التراب الوطني ذلك أنه إذا كان القيد في السجل العقاري يمكن أن يعرف على أنه مجموع الإجراءات و القواعد القانونية و التقنية التي تهدف إلى إعلام الجمهور بكل التصرفات القانونية المنصبة على العقارات سواء كانت أصلية أو تبعية منشئة كاشفة ناقلة أو مزيلة فإن هذه القواعد لا يمكن تنفيذها إلا بعد

المسح الذي يتكفل بتحديد معالم الأرض وتقسيمها إلى وحدات الملكية وإعطائها أرقام خاصة ورسم مخططاتها[1]

فالمشرع قد أخذ من واضح النصوص بنظام الشهر العيني ، لكن في الواقع لا يمكن تطبيق هذا النظام إلا تدريجيا مع تقدم عمليات المسح وهذا ما يعكس فعلا نية المشرع بالاحتفاظ بالنظام الشخصي في المناطق التي لم يمسها المسح بعد ، وهو ما نصت عليه المادة 27 من الأمر 74/75 السابق الذكر بنصها " أن العقود والقرارات القضائية التي تكون موضوع إشهار في المحافظة العقارية والتي تخص العقارات أو حقوق عينية ريفية موجودة في بلدية لم يعد فيها مسح الأراضي العام تفهرس بصفة انتقالية في مجموع بطاقات عقارية مؤقتة تمسك على شكل فردي طبقا " لكيفيات تحدد بموجب مرسوم " وكذلك ما نصت عليه المادة 113 من المرسوم 63/76 دائما فيما يخص العقارات الريفية[2].

كخلاصة لذلك فإن المشرع الجزائري في حقيقة الأمر فقد تبنى نظاما مزدوجا ، النظام الشخصي بالنسبة للعقارات الريفية التي لم تطبق عليها عمليات المسح بعد ، وعيني إذا كانت هذه العقارات واقعة في بلديات أجريت فيها عمليات مسح الأراضي العام أو عقارات حضرية يمكن تعينها بسهولة وبدقة زيادة على أنه قد ترك بعض المسائل التي تشكك في القوة الثبوتية المطلقة لنظام الشهر العيني كعدم إنصاصه صراحة على عدم جواز التقادم المكسب في ظل هذا النظام وكذا إمكانية الطعن في قرارات المحافظ العقاري[3]، وهي المسائل التي سنعالجها فيما بعد.

المطلب الثاني: اختصاصات المحافظة العقارية

سنتناول في هذا المطلب إجراء الشهر العقاري الذي تتولاه مصلحة عمومية يطلق عليها اسم المحافظة العقارية و وظيفتها الأصلية تتمثل في حفظ العقود ومختلف المحررات الخاضعة للشهر، المتضمنة نقل أو إنشاء أو تعديل حق من حقوق الملكية أو الحقوق العينية الأخرى سواءا كانت أصلية أو تبعية وذلك بعد شهرها وقيدها بالمحافظة العقارية في مجموع بطاقات عقارية[4]

ولقد نصت على ذلك المادة الأولى من المرسوم 63/76 المؤرخ في 25/03/ 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري "تحدث لدى المديرية الفرعية للولاية لشؤون الأملاك الدولة والشؤون العقارية محافظة عقارية يسيرها محافظ عقاري.." و تم النص على مهمة هذا الأخير في المواد 10و13 من الأمر 47/75 والتي تتمثل أساسا في مسك السجل العقاري و مجموعة البطاقات العقارية ، لاسيما وأنه سبق وأن أشار المشرع الجزائري في المادة793 من القانون المدني على أن كل حق ملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بالعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ إشهارهما لدى المصلحة المكلفة بذلك.[5]

-وقد ركز المشرع في هذا الأمر على المهمة الأساسية للمحافظ العقاري والمتعلقة بمسك السجل العقاري وأكد على أن القيد في هذا السجل هو الذي ينشأ الحق العيني فلا يكفي وجود مصدر الحق فقط بل لابد من القيد حتى يكتسب، و يمارس المحافظ العقاري السلطات المخولة له و ذلك من خلال مراقبته لعملية سير إجراءات الشهر العقاري باعتبارها الأداة القانونية لنقل الملكية العقارية .

و بناء على الأمر رقم 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري لم يأتي المشرع الجزائري إلا بمبادئ و قواعد عامة لتحديد مهام المحافظة العقارية، و ترك تفاصيل المهام إلى تشريعات ستصدر لاحقا، و من خلال استقرائنا لأحكام هذا الأمر نرى أنه خول للمحافظ العقاري ثلاث مهام أساسية هي:

-مسك السجل العقاري .

-مسك مجموعة البطاقات العقارية .

-تسليم الدفتر العقاري .

أولا: مسك السجل العقاري

بناء على المادة 03 من الأمر رقم 74/75 فإن السجل العقاري يعد بمثابة الوضعية القانونية للعقارات، ويبين تداول الحقوق العينية، يمسك هذا السجل من قبل المحافظ العقاري على أساس وثائق مسح الأراضي العام على مستوى إقليم كل بلدية، و يعرف النطاق الطبيعي للعقارات، و مسك السجل العقاري يهدف إلى الشروع في نظام الشهر الجديد المؤسس بموجب هذا الأمر المتمثل في نظام الشهر العيني و هو ما تشير إليه المادة 22 من هذا المرسوم 6.

ثانيا: مسك مجموعة البطاقات العقارية

لقد ألزم الواضع مسك مجموعة البطاقات العقارية،طبقا للمادة 15 من الأمر 74/75 في جميع العقود المتعلقة بالملكية العقارية، و يقصد الواضع بالتسجيل في مجموعة البطاقات العقارية،إجراء شهر المحرر الرسمي بالمحافظة العقارية حتى يكتسب الشخص الحق العيني العقاري،لأن الشهر العقاري مصدر الحق العيني.

ثالثا:تسليم الدفتر العقاري

لقد جاء في هذا الأمر و ما صاحبه من مراسيم تنفيذية أحكام تقضي أن الأراضي الممسوحة، يسلم لصاحب العقارات دفتر عقاري، و ذلك بعد إنشاء بطاقة عقارية عن كل عقار،تم مسحه تدون فيه كل البيانات و تأسس طبقا للمادة19 من هذا المرسوم.

المطلب الثالث: الطعن في قرارات المحافظ العقاري

إن مسألة الطعن في قرارات المحافظ العقاري نصت عليها المادة 24 من الأمر 75/74المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري بأن "تكون قرارات المحافظ العقاري قابلة للطعن أمام الجهات القضائية المختصة إقليميا"ويفهم من هذا النص أن المحكمة الإدارية هي المختصة[7]

أن المحافظ العقاري هو سلطة ولائية وهو ما أكده مجلس الدولة في العديد من اجتهاداته .

-أما فيما يتعلق بميعاد رفع الدعوى فحسب المادة 110من المرسوم 63/76 فإن أجال الطعن في قرارات المحافظ العقاري سواء تعلقت برفض الإيداع أو رفض الإجراء يكون في خلال مدة شهرين تسري إبتداءا من تاريخ التبليغ ، و بخصوص صفة التمثيل القضائي، ففي بداية الأمر منحت للوالي المختص إقليميا يساعده في ذلك رئيس المصلحة بالولاية المكلف بأملاك الدولة والشؤون العقارية وهو ما أكدته المادة 111 من المرسوم رقم 63/76 "تمثل الدولة محليا في العدالة من قبل الوالي ويساعده في ذلك رئيس مصلحة بالولاية مكلف بالشؤون العقارية" [8]، لكن بصدور المرسوم التنفيذي 65/91 المؤرخ في 1991/03/02 المتضمن تنظيم المصالح الخارجية لإدارة أملاك الدولة والمحافظة العقارية[9] أصبحت صفة التمثيل ممنوحة لمدراء أملاك الدولة المختصين إقليميا [10]، وأصبح لهم الحق في إصدار توكيلات لأعوان المكلفين بمكتب المنازعات لتمثيل الوزير المكلف بالمالية في الدعاوي المرفوعة ضده [11]، علما أنه تم إلغاء هذا القرار الوزاري بموجب المادة 02 من القرار الوزاري المؤرخ في 1999/02/20 الذي أصبح بموجبه يؤهل أعوان إدارة أملاك الدولة والحفظ العقاري لتمثيل الوزير المكلف بالمالية ، المدير

العام للأملاك الوطنية في القضايا المتعلقة بالأملاك الدولة والحفظ العقاري[12] بالنسبة للدعاوي المرفوعة أمام المحكمة العليا ، مجلس الدولة، وبالنسبة للمحاكم والمجالس القضائية والمحاكم الإدارية "الغرفة الإدارية" يؤهل مديري أملاك الدولة ومديري الحفظ العقاري بالولايات كل فيما يخصه في القضايا المتعلقة بأملاك الدولة والحفظ العقاري.

المطلب الرابع: نماذج لعمليات التحقيق العقاري

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

و ز ا ر ة المالية برج بوعريريج في:................

المديرية العامة للأملاك الوطنية

المديرية الولائية للحفظ العقاري المدير الولائي للحفظ العقاري

لولاية إلـى

رقم :......../م ح ع/2010 السيـد: المدير العام للأملاك الوطنية

مديرية المحافظة العقارية و مسح الأراضي

الموضوع : عملية التحقيق العقاري ـ القانون 02/07 المؤرخ في : 2007/02/27.

المرجع : مذكرة الإدارة المركزية رقم:3721/م.ع.أ.و/م.م.ع.م.أ/م.أ.ت.ع بتاريخ:2009/03/02

المرفقات : 05 .

تنفيذا للمذكرة المشار إليها بالمرجع أعلاه يشرفني أن أوافيكم بالحالة الإحصائية لعمليـة معاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيـق عقاري المـؤسس بموجب القانون رقم:02/07 المؤرخ في:2007/02/27 من انطلاق العملية بتاريخ:2009/02/01 إلى غايـة:31 /2010/08.

مع العلم أن عمليات التحقيق الجمـاعي و التي تحصلنا بموجبها على ملفات طلب تحقيـق واردة من رؤساء البلديات لم يتـم الانطلاق فيها لسبـب عدم إصدار النص التنظيمي المحدد لنموذج القرار الصادر عن والي الولاية إضافة إلى النقص الحاد لوسائل نقل للأعوان المحققين تلك الوضعية التي جعلت الملفات تتكدس على مستوي المديرية مما يستدعي الإسراع في توفير السيارات للمديرية حتى تتمكن من أداء مهامها على أحسن الظروف .

امضاء المدير الولائي للحفظ

العقاري نسخـة

للاعلام إلى السيد:

والي ولاية –الديـوان–

رقم:.......بتاريخ:...........

المديرية العامة للأملاك الوطنيـــــة

مديرية الحفظ العقاري لولاية:

مجموع الملفات المودعة على مستوى المديرية: 1188 ملف (*).

الوضعية من بداية العملية بتاريخ: 2009/02/01 إلى غاية: 2010/08/31

حوصلة لعملية التحقيق العقاري

الولاية	الملفات المودعة	الملفات المقبولة	الملفات المرفوضة	مقررات تعيين محقق عقاري	التحقيقات العقارية	عدد المحققين العقاريين المعنيين	مقررات الترقيم العقاري	مقررات رفض الترقيم العقاري	سندات الملكية
مديرية الحفظ العقـــاري ببرج بوعريريـــج	747	728	19	727	710	05	172	76	151

الفرق بين الملفات المودعة على مستوى المديرية (*) والمدروسة يمثل الملفات التي تم استلامها دون وصل استلام لأسباب كثرة الملفات والنقص الحاد لوسائل نقل الأعوان القائمين بعملية التحقيق .

مديرية الحفظ العقاري لولاية: برج بوعريريج

المحافظة العقارية: رأس الـــــوادي

الوضعية من بداية العملية بتاريخ: 2009/02/01 إلى غاية: 2010/08/31

عملية فردية للتحقيق العقاري

البلديات	الملفات المودعة	الملفات المقبولة	الملفات المرفوضة	مقررات تعيين محقق عقاري	التحقيقات العقارية	عدد المحققين العقاريين المعنيين	مقررات الترقيم العقاري	مقررات رفض الترقيم العقاري	سندات الملكية
بئر قاصـد علي	04	04	00	04	04	01	03	00	03
خليل	21	20	01	20	20	01	00	01	00
المجمـــوع	25	24	01	24	24	01	03	01	03

المديرية العامة للأملاك الوطنيــــة

مديرية الحفظ العقاري لولاية:برج بوعريريج

عملية جماعية للتحقيق العقاري

البلديات	القرارات الولائية لفتح تحقيق عقاري	الملفات المودعة	الملفات المقبولة	الملفــات المرفوضة	مقررات تعيين محقق عقاري	التحقيقات العقارية	عدد المحققين العقاريين المعنيين	مقررات الترقيم العقاري	مقررات رفض الترقيم العقاري	سندات الملكية المعدة

المجمـــوع										

المديرية العامة للأملاك الوطنيـــــة

مديرية الحفظ العقاري لولاية: برج بوعريريج

المحافظة العقارية: المنصـــــورة

الوضعية من بداية العملية بتاريخ: 2009/02/01 إلى غاية: 2010/08/31

عملية فردية للتحقيق العقاري

البلديات	الملفات المودعة	الملفات المقبولة	الملفات المرفوضة	مقررات تعيين محقق عقاري	التحقيقات العقارية	عدد المحققين العقاريين المعنيين	مقررات الترقيم العقاري	مقررات رفض الترقيم العقاري	سندات الملكية
اليشيـــر	153	150	03	150	142	02	41	21	39
ثنية النصر	21	20	01	20	20	01	04	00	03
القلـــة	06	05	01	05	05	01	02	00	02

حسنــاوة	90	86	04	86	86	01	43	02	42
تسامــرت	03	03	00	03	03	01	03	00	03
أولاد دحمان	29	27	02	26	26	01	11	03	10
برج زمـورة	27	27	00	27	27	01	11	01	07
المنصـــورة	79	77	02	77	77	01	08	05	07
حـــرازة	05	05	00	05	05	01	03	00	01
الجعافــرة	38	37	01	37	37	01	08	09	03
المــاين	12	12	00	12	12	01	03	00	03
تـــفرق	14	14	00	14	14	01	01	01	00
المهيــر	17	17	00	17	17	01	00	02	00
أولاد سيدي براهيم	02	02	00	02	02	00	00	00	00
مجانة	01	01	00	01	01	00	00	00	00
بن داود	09	09	00	09	00	01	00	00	00
المجمـوع	506	492	14	491	474	04	138	44	120

المديرية العامة للأملاك الوطنيـــــة

مديرية الحفظ العقاري لولاية: برج بوعريريج

المحافظة العقاريـة : برج الغديــر

الوضعية من بداية العملية بتاريخ: 2009/02/01 إلى غاية: 2010/08/31

عملية فردية للتحقيق العقاري

البلديات	الملفات المودعة	الملفات المقبولة	الملفات المرفوضة	مقررات تعيين محقق عقاري	التحقيقات العقارية	عدد المحققين العقاريين المعنيين	مقررات الترقيم العقاري	مقررات رفض الترقيم العقاري	سندات الملكية
العناصــر	31	31	00	31	31	01	07	06	07

بليمـــور	74	74	00	74	74	01	21	21	20
القصـــور	57	54	03	54	54	01	02	03	00
غيلاســـة	15	15	00	15	15	01	01	01	01
الرابـــطة	38	37	01	37	37	01	00	00	00
الحمادية	01	01	00	01	01	01	00	00	00
المجمـوع	216	212	40	212	212	04	31	31	28

الخاتمة:

تتحدد مسؤولية المحافظ العقاري وفقا لما نصت عليه المادة **23** من الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتعلق بإنشاء مسح الأراضي العام وتكوين السجل العقاري علي تحمل الدولة المسؤولية عن الأخطاء الواقعة غير المرتكبة من طرف المحافظ العقاري في حالة القيام بوظائفه.

ثم تقوم الدولة برفع دعوى ضد المحافظ العقاري تسمى دعوى الرجوع في حالة أخطاء كبيرة مرتكبة من طرف هذا الأخير .

إلا أنه وحسب التنظيمات الجديدة فإن المحافظ العقاري أصبح مسؤولا مسؤولية شخصية عن الأخطاء الجسيمة التي يرتكبها أثناء عملية نقل الحقوق العقارية للعقارات

وبالتالي تكون قد رفعت عنه الحماية التي كانت تمثلها الدولة وهذا حسب رأيها لتفادي أي تعسف قد يصدر عن المحافظ العقاري أثناء ممارسته لوظائفه وتجدر الإشارة أن رفض الإيداع ورفض الإجراء غير المسببة يتحمل المحافظ العقاري مسؤوليتها أمام طالب الإجراء وخاصة أمام الغير.

الهوامش:

1- حمدي باشا عمر و ليلى زروقي: المنازعات العقارية، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع الجزائر، طبعة 2002.ص25

2- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، الجزء الرابع، دار النشر للجامعات المصرية، 1960.ص57

3- حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارت الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر طبعة 2002. ص129.

4- حمدي باشا عمر، مبادئ الاجتهاد القضائي في مادة الاجراءات المدنية، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر طبعة 2002. ص34

5- حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر طبعة 2002.ص 134

6- حمدي باشا عمر، محررات شهرة الحيازة (عقد الشهرة، شهادة الحيازة)، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر طبعة 2002. ص67

7- حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في ضوءآخر التعديلات و أحدث الأحكام، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر طبعة 2002. ص212

8- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون و الحق و تطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، طبعة 1993. 223

9- حمدي باشا عمر .دراسات قانونية، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر طبعة 2002.ص 07

10- حمدي باشا عمر، مجمع النصوص التشريعية و التنظيمية المتعلقة بالعقار.ص123

11- أعمر الخضري، الأحكام التشريعية و التنظيمية المتعلقة بالتوثيق.ص 43
12- أمين بركات السعود، آثار القيد في السجلات العينية (دراسة مقارنة) ع 3 من المجلة القضائية ص 378 ألقيت على الوفد القضائي الجزائري أثناء تواجده بدمشق في نوفمبر 1994.ص 124

أ.د محمد الصغير بعلي

النظام القانوني لنزع الملكية العقارية للمنفعة العامة

جامعة عنابة

مقدمة

الملكية حق طبيعي مقدس وجد منذ القديم في جميع المجتمعات البشرية، والملكية كحق يقصد بها تلك الوسيلة الفنية اللازمة لصياغة نظام الأموال وما تخوله من سلطات يمارسها المالك .

فهي حق مالي يخول لصاحبها حق التصرف فيها والاستعمال والاستغلال. وعليه فان هذا الحق مضمون في جل الدساتير والتشريعات التي اعتبرت الملكية الخاصة حق أساسيا للأفراد فأقرته ونظمته ويظهر بصورة جلية في الدول التي أخذت بالنظام الرأسمالي ،كما ظهر في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1789 وكغيره من التشريعات، منح التشريع الجزائري هذا الحق للأفراد فقد اعتبره الدستور من بين الحقوق المضمونة وأي انتهاك أو خرق لهذا الحق فهو تعدي على الحرية والأمن، إلا أنه يخرج عن هذه القاعدة استثناء .

وهذا الاستثناء يكون للصالح العام أو المنفعة العامة بحيث تنزع ملكية الفرد لصالح الجماعة وهذه العملية تعتبر الوجه المخالف لحق الملكية .

وفي نطاق المنفعة العامة قد تلجأ الإدارة إلى وسائل أو طرق جبرية للحصول على الأملاك وذلك قصد تحقيق مهامها وإشباع حاجات الأفراد والمصالح العليا للبلاد .

وعليه فلا يمكن للإدارة الاستحواذ والاستيلاء على أموال وأملاك الأفراد خارج نطاق المنفعة العامة وأي مخالفة لهذا المفهوم يترتب عليها المسؤولية الإدارية .ونظرا لهذا الإجراء الذي يعد اعتداء خطير على الملكية الفردية وصعوبة التوفيق بين مصالح وحقوق الأفراد واحترام صلاحيات السلطة الإدارية .

فإن الإشكالية تكمن: في ما مدى يمكن التوفيق بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة دون التصادم؟ وما الأساس القانوني الذي يجب أن تتقيد به الإدارة حتى تحافظ على شرعية إجراءها ؟ وما هي الضمانات التي يتمتع بها الأفراد حتى يكون التعويض عادلا ومنصفا؟

المبحث الأول

الأساس القانوني لنزع الملكية للمنفعة العامة

إن حق الملكية أصبح حقا مقيدا بين ضمان فعاليته من جهة وكبح جماحه من جهة أخرى، وقد تصدى الدستور الجزائري لسنة 1976 لهذه القيود[1]، وكذلك الحال بالنسبة لدستور 1996 الذي نص في المادة 52 منه على أن الملكية الخاصة مضمونة، غير أنه لم يحصنها من عملية نزع الملكية للمنفعة العمومية، وفي هذا الخصوص ظل الفقه الإداري يؤسس عملية نزع الملكية للمنفعة العمومية على أنها السبب الوحيد والشرعي لنزع ملكية الأفراد الخاصة.[2]

وأساس عملية النزع هي قيام الحاجة العامة وهي حالة واقعية تتمثل في عدم وجود أو نقص ما هو موجود من المنشآت أو الخدمات مما يجبر الإدارة العامة إلى التدخل لتحقيق المنفعة العامة [3]، غير أن الحاجة مفهوم مرن يصعب ضبطه بمعايير محددة ، مما يعطي الإدارة العامة سلطة تقديرية واسعة في تقدير قيامها، ولقد اشترط قانون نزع الملكية 91-11 [4]، أن يضمن قرار التصريح بالمنفعة العمومية تحت طائلة البطلان أهداف نزع الملكية التي تضمن حتما معاينة وجود الأسباب المتمثلة في قيام الحاجة العامة.

المبحث الثاني

مفهوم نزع الملكية للمنفعة العامة

المطلب الأول:تعريف نزع الملكية للمنفعة العامة

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري

هو حرمان ملك العقار أو الحقوق العينية العقارية من ملكه الخاص جبرا من أجل المنفعة العامة مقابل تعويضه عن الضرر الذي أصابه بسبب هذا الحرمان أو هو إجراء إداري يقصد به حرمان الشخص من ملكيته وحقوقه العقارية وهذا ما تؤدي المحاولات الودية إلى نتائج سلبية، ويكون غرض الإجراء هو تحقيق المشاريع ذات المنفعة العمة نظير التعويض ويشترط أن يكون هذا التعويض عادل ومنصف ومسبق .

فنزع الملكية على هذا الأساس هو وسيلة من الوسائل المتاحة للإدارة قصد الوصول إلى أهدافها في تحقيق المنفعة العمة وهي تعتبر طريقة استثنائية فنصت المادة 20 من الدستور الجزائري في 1996/11/28 المعدل والمتمم لدستور 89 على أنه:" لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون ويترتب عليه تعويض قبلي عادل" وقد أكدت المادة 677 من القانون المدني هذا المبدأ والتي جاءت تنص على أنه لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته إلى في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون غير أن للإدارة الحق في نزع الملكية العقارية أو بعضها أو نزع الحقوق العينية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف وعادل، غير أن هذه الأخيرة لم تشر إلى التعويض القبلي إنما أكدت على ضرورة أن يكون التعويـــض عادل ومنصف .

وقد أخضع المشرع الجزائري حق نزع الملكية إلى قانون مستقل هو أن القانون رقم 91 المؤرخ في 27 أفريل 1991 المنفذ بالمرسوم رقم 86-93 المؤرخ في 1993/07/27 فكان لاغيا لأحكام الأمر 76-48 المؤرخ في 25 ماي 1976 المتعلق بقواعد نزع الملكية من أجل المنفعة العامة وقد أوردت في المادة 12 ف02 من

قانون 11/91 فإنه يعد نزع الملكية من أجل المنفعة العامة طريقة استثنائية لاكتساب أملاك أو حقوق عقارية ولا يتم إلا إذا أدى إنتهاج كل الوسائل الأخرى الى نتيجة سلبية .

إذن على الجهة النازعة للملكية حتى تلجأ إلى هذا الإجراء أن تكون قد استنفذت كل الطرق الودية للحصول على العقار والحقوق العينية العقارية التي تريدها فإن أخفقت في ذلك فلها الحق في اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية، ويعد نزع الملكية العقارية للمنفعة العامة قرارا إداريا بغض النظر إلى الجهة التي أصدرته .

الفرع الثاني: موقف الفقه

ويعرفها عبد الغني بسيوني عبد الله بأنها:(نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة هو امتياز ممنوح للإدارة بحيث تستطيع بواسطته حرمان مالك العقار من ملكه جبرا من اجل المنفعة العامة في مقابل تعويض عن ذلك [5].

كذلك عرفت:(امتياز من امتيازات السلطة العامة تجبر بواسطتها الدولة اى كان على التنازل لها عن ملكيتها العقارية بهدف تحقيق منفعة عامة مقابل تعويض عادل ومنصف) [6].

وعرفت بأنها : (حرمان ملك العقار من ملكه جبرا للمنفعة العامة، نظير تعويضه عما يلحقه من ضرر [7].

نستنتج من هده التعريف أن نزع الملكية للمنفعة العمومية هي الإمكانية القانونية التي تتبعها الإدارة (الجهة المختصة) وفق لإجراءات يحددها القانون على أن تدفع مقابل للمنزوع ملكيته تعويضا عادلا ومنصفا .

المطلب الثاني: خصائص عملية نزع الملكية للمنفعة العامة

تشكل آلية نزع الملكية للمنفعة العمومية إحدى الطرق والآليات المعتمدة من طرف الدولة لتكوين رصيد عقاري مهم للقيام بالمشاريع الاقتصادية والاجتماعية [8]، حيث تعتبر طريقة استثنائية وإجراء جبري تهدف إلى تحقيق المنفعة العامة، تلتزم الدولة بموجبها أن تدفع تعويض لكل متضرر منها.

1 - طريق استثنائي ويعود ذلك إلى درجة الخطورة التي تشكلها على الملكية الخاصة، ولذلك فقد أحاطها المشرع بقيود يجب احترامها ومراعاتها قبل الشروع فيها، أي أن الإدارة لا تلجأ إليها إلا بعد استنفاد كل الطرق الودية القانونية وهدا طبق للمادة 26 " :يتم اقتناء الأملاك التي يجب أن تدرج في الأملاك الوطنية بعقد قانوني طبق للقوانين والتنظيمات المعمول بها.

2 - طريق جبري من أجل تحقيق مسألة نزع الملكية تستعمل الإدارة امتيازات السلطة العامة الغير مألوفة في المعاملات بين الأفراد ، وهذا راجع إلى علو المصلحة العامة عن المصلحة الخاصة، ونظرا لطابعها الجبري فقد أخضعها المشرع لقواعد قانونية صارمة حماية للملكية الخاصة، التي تعترضها تجاوزات من طرف الإدارة[9].

3 - تحقيق المنفعة العامة عرفت ا لمنفعة العمومية بأنها "كل العمليات الناتجة عن تطبيق إجراءات نظامية مثل التعمير التهيئة العمرانية و التخطيط تتعلق بإنشاء تجهيزات جماعية و منشآت و أعمال كبرى ذات منفعة عمومية [10]، حيث استبعد المشرع الجزائري الغرض الاقتصادي المحض [11]. حيث أن

العمليات المشار إليها في القانون [12]، جاءت على سبيل المثال كون أن مفهوم المنفعة يتغير مع الظروف الاقتصادية و الاجتماعية في الدولة.

المبحث الثالث

موضوع نزع الملكية للمنفعة العامة

إن نزع الملكية لا ينصب إلا على العقارات أي الأملاك العقارية وكذلك ينصب على الحقوق العينية العقارية مثل حق الانتفاع والإرفاق...الخ وهذا بنص الفترة من المادة 2 من قانون 91-11:" طريقة استثنائية لإكساب أملاك أو حقوق عقارية..." ونحاول تفصيل ذلك على حدى .

أولا-العقارات:

لا يرد نزع الملكية على المنقولات وميدانه هو العقارات ، وهذه العقارات لابد أن تكون تابعة للخواص حيث أن الأملاك العامة لا يجوز التصرف فيها بأي شكل من أشكال التصرف وهذا طبقا للمادة 689 من القانون المدني الجزائري.

ونزع الملكية قد يكون على كامل العقار وقد يكون على جزء منه فإذا كان على كامل العقار بما بقي لمدة معينة دون أن تقوم الإدارة باستعماله جاز للمالك أو أصحاب الحقوق طلب استرجاع ملكية العقار وهذا في حالة إذا لم يتم الانطلاق الفعلي في الشغال ضمن المجال المحدد في العقد أو القرارات التي ترخص بالعملية المعنية وهذا ما تنص عليه م 32 من قانون 27 افريل 1991

كما أنه من حق الأفراد المعنيين طلب نزع الملكية التامة عندما تكون العقارات الباقية غير صالحة للاستعمال وهذا في حالة إذا كان نزع الملكية لا يعني الأجزاء من العقار وهذا ما تنص عليه المادة 22/ف1 من قانون 27 أفريل 1991 ويقصد بنزع الملكية ما فوق الأرض كما قد يقصد به باطن الأرض وفي هذه الحالة الأخيرة نصت المادة 31 من المرسوم رقم 94-41 المؤرخ في 29 جانفي 1994 على أنه " إذا رفض مالك الأرض التي تفجرت فيها مياه معدنية اجارها أو التنازل عنها فإنها يمكن نزع ملكيتها وفقا بأحكام القانون 91-11 بعد إنذار لمدة سنة واحدة من طرف الولي فقط المختص"

فالمشرع الجزائري فيما يتعلق بالعقارات بالتخصيص فانه لم يتطرق لهذا الأمر 48-76 في قانون 11/91 كما أن نزع الأملاك المعينة و المقامات التاريخية والأثرية لم يتطرق اليها قانون 91-11 وامر 76-48.

وهنا نجد أن قانون 91-11 لم يملأ النقص الذي كان في أمر 76-48 بل أن هذا القانون الجديد يحتوي هو الآخر على نقائص.

ثانيا _الحقوق العقارية:

لقد تطرق قانون 91-11 إلى الحقوق العينية العقارية ولكنه لم يفصلها ولذا كان علينا أن نرجع إلى

القانون المدني وتمثل هذه الحقوق في حق الانتفاع، حق الارتفاق- حق الاستعمال والسكن ، حق الامتياز وكذلك حق الرهن الرسمي

1 -حق الإنتفاع L usufruit :و الحق الذي يخول صاحبه سلطة استعمال شئ مملوك للغير واستغلاله، مع احتفاظ مالك الشيء بملكية الرقبة. وبذلك يتجزأ حق الملكية فيكون التصرف لشخص ويسمى مالك الرقبة، ويكون الإستعمال والإستغلال لآخر ويسمى المنتفع .وهذا الحق مؤقت ينقضي بالأجل المحدد له أو بوفاة صاحبه ولو وقعت الوفاة قبل حلول الأجل المعين له، فلا ينتقل لورثته لذلك يوصف حق الإنتفاع بأنه حق شخصي، أي ينقضي بوفاة صاحبه[13] .

2 -حق الاستعمال وحق السكنى L usage et L habitation:يلحق بحق الانتفاع حق الاستعمال وحق السكنى وهما صورتان تفيدان حق الانتفاع ويقتصران على حق استعمال الشيء دون استغلاله، فحق الاستعمال يمنح صاحبه سلطة استعمال شئ مملوك لغيره بنفسه دون أن يكون له الحق في استغلاله. والإستعمال أوسع نطاقا من السكنى، ويسري على حقي الإستعمال والسكنى كقاعدة عامة ما يسري على حق الإنتفاع من أحكام.[14]

3 -حق الارتفاق:Les Servitudesهو حق يخصص لمنفعة عقار على حساب عقار أخر مملوك لغير مالك العقار الأول، ويطلق على العقار المقرر عليه الارتفاق" العقار الخادم "والعقار المقرر الارتفاق لمصلحته "العقار المخدوم"، فيشترط فيه - : أن يتقرر على عقار لا على شخص ولمصلحة عقار لا لمصلحة شخص – أن يكون العقاران مملوكين لشخصين مختلفين، فإذا كانا لشخص واحد كان له عليهما أكثر من حق الإرتفاق، أي حق الملكية ذاته. وقد نظّم القانون المدني الجزائري حق الإرتفاق في المادة 867 وما بعدها.

4 -حق الإمتياز : Le privilege هو أولوية يقررها القانون للدائن على مال أو أكثر للمدين ضمانا للوقاء بحق الدائن، ومراعاة من القانون لصفة خاصة بهذا الحق، ولا يكون للحق امتياز إلا بموجب نص في القانون، إذ "لا إمتياز بغير نص".

الهوامش:

[1]- انظر نص المادة 16 منه التي تنص على أن الملكية الخاصة لا سيما في الميدان الاقتصادي يجب أن تساهم في تنمية البلاد وأن تكون ذات منفعة اجتماعية وهي مضمونة في إطار القانون.

[2] – محمد زغداوي، نزع الملكية للمنفعة العامة في القانون الجزائري (المفهوم والإجراءات)، أطروحة دكتوراه في القانون العام ، كلية الحقوق جامعة قسنطينة ، 1998، ص 44.

[3]- مستوحى من نص المادة الثانية من القانون رقم 91-11 المؤرخ في 1991/04/27 المتعلق بنزع الملكية للمنفعة العامة.

[4]- انظر المادة 10 منه.

[5]- محمد عبد اللطيف ،نزع الملكية للمنفعة العامة، دراسة تأصيلية مقارنة، دار النهضة العربية، 1988، ص8.

[6] – العربي محمدي طالب باحث في كلية الحقوق، اكدال بالرباط، وحدة القانون المدني المعمق، أنترنات، « Droit civil.over-blog.com »

[7] – سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، الكتاب الثالث أموال الإدارة وامتيازاتها، دار الفكر العربي، مصر1979، ص270.

[8] – العربي محمدي، المرجع السابق ذكره.

[9] – أحمد رحماني، نزع الملكية من أجل لمنفعة العمومية، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد 04 ، العدد02 ص03.

[10] – نظر المادة 02 من القانون رقم 11/91 السابق ذكره.

أنظر قانون 11/90 ، السابق ذكره.

[11] – عكس ما كان عليه الحال في قانون 48/79 المذكور أعلاه.

[12]- أنظر قانون 11/90 ، السابق ذكره.

[13] -أنظر المادة 852 من القانون المدني.

[14]- أنظر المواد 855،856،857 من القانون المدني.

أ.د عمار بوضياف

منازعات نزع الملكية للمنفعة العامة وإشكالاتها القانونية

جامعة تبسة

تشكل آلية نزع الملكية من أجل المنفعة العامة إحدى الآليات المعتمدة من طرف الدولة لتكوين رصيد عقاري مهم للقيام بالمشاريع الاقتصادية والاجتماعية ومحاربة المضاربات العقارية ،وباعتبار حق الملكية الخاصة ذات أهمية كبيرة في النظام القانوني الجزائري فهو حق دستوري. كما أن تعزيز فكرة تشجيع الاستثمار والتنمية لن يتحقق دون تعزيز المبادرة الفردية وتحقيق استقرار المعاملات.

وما دام الأصل في حق الملكية أنه حق دائم لا يمس ولا يعتدي عليه والاستثناء هو إمكانية نزع هذا الحق من يد صاحبه فإن ذلك يستوجب أن يحاط هذا الاستثناء بعدة شروط وضمانات ووسائل لحماية الملكية الخاصة وقد نظمها المشرع في القانون المطبق على نزع الملكية للمنفعة العامة.

ومن هنا نتساءل هل تعتبر الضمانات التشريعية التي جاء بها القانون المنظم لنزع الملكية كافية لحماية الملكية الخاصة وما هو دور القضاء في هذا الإطار باعتباره الحارس الأساسي لحق الملكية؟ للإجابة على هذه التساؤلات نقترح تقسيم هذا البحث إلى مبحثين المبحث الأولى، مظاهر حماية الملكية الخاصة في حالة نزع الملكية المبحث الثاني، دور القضاء في حماية الملكية الخاصة.

أ.حنان موشارة

قيود الملكية العقارية الخاصة الواردة في صيغ بعض البيوع العقارية

جامعة قالمة

الملخص:

تعتبر الملكية العقارية الخاصة من الثروات الأساسية التي يعتمد عليها أي نظام اقتصادي، وقد اعتبرت الدساتير والأنظمة القانونية المقارنة حق الملكية أحد الحقوق الطبيعية للانسان التي لا تسقط بالتقادم، فلايجوز حرمان أحد منه إلا لضرورة تقتضيها المصلحة العامة يحددها القانون.

وقد اعترف المشرع الجزائري في دستور 1996 بالحماية الدستورية للملكية العقارية الخاصة. من جهة أخرى أكد في التشريع الداخلي أن استغلال الخصائص المرتبطة بحق الملكية يجب أن يتوافق مع المصلحة العامة التي أقرها القانون، ما يؤكد أن حق الملكية العقارية الخاصة حق نسبي يحد من إطلاقه القيود القانونية التي تمثل مبرر شرعي للمساس بهذا الحق المضمون دستوريا، فهي تهدف إما إلى حماية المصلحة العامة أو الخاصة.

وبالرجوع إلى **صيغ بعض عقود البيوع العقارية كالتساهمي، الريفي، الاجتماعي،...** نجد أحد أخطر بنودها ينص على تقييد سلطة المالك في التصرف في حق الملكية خلال مدة معينة رغم انتقال الملكية إليه بصورة نهائية بعقد مشهر مستوفي لجميع أركانه. **فماهو المبرر القانوني الذي أسس عليه المشرع تقييد حق الملكية في هذا النوع من البيوع، وما مدى دستورية هذا القيد؟**

المقدمة:

أكد المشرع الجزائري في دستور 1996 بأن الملكية الخاصة مضمونة دستوريا، وأن الملكية لا يتم نزعها إلا في إطار القانون مقابل تعويض قبلي عادل ومنصف. حيث أدرجت الملكية الخاصة في الفصل الرابع المتعلق بالحقوق والحريات، إلا أنه رغم اعتراف المشرع الجزائري بأن الملكية العقارية الخاصة تخول صاحبها التمتع في المال العقاري إلا أنه نبذ صفة الإطلاق مسايرا في ذلك الاتجاهات الحديثة.

ويكاد يجمع الفقه على أن للملكية خصائص تميزها عن غيرها من الحقوق الأخرى فهي حق جامع، مانع وحق دائم. وقد حاول جانب من الفقه أن يضيف خاصية أخرى هي الصفة المطلقة لحق الملكية، إلا أن الفقه الحديث عارض هذه الصفة إذ أصبح من المسلم به أن الملكية حق مقيد.

فقد نص المشرع الجزائري في المادة 27[1] من قانون 90-25 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري بأن الملكية الخاصة حقا يخول لصاحبه الاستئثار بالعقار وبما يتولد عنه من مزايا ومنافع إلا أنه رفض صفة الإطلاق من خلال المادة 28 من نفس القانون، حيث نصت الفقرة الأولى منها أن الملكية العقارية الخاصة تخضع للأمر 75-58 المؤرخ في 1975/09/26[2]. وبالرجوع لهذا الأخير نجد أن المادة 674 جاء فيها صراحة أن الملكية الخاصة هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة. وهو ما أكدته المادة 28 فقرة 2 عندما تضمنت أن استغلال الخصائص المرتبطة بحق الملكية يجب أن يوافق الفائدة العامة التي أقرها القانون، أي أن حق الملكية العقارية الخاصة حق نسبي يحد من إطلاقه القيود القانونية التي تمثل مبرر شرعي للمساس بهذا الحق المضمون دستوريا .

المبحث الأول: القيود التي ترد على حق الملكية

المطلب الأول: الفرق بين القيود القانونية والإتفاقية

لم يعد حق الملكية حقا مطلقا يمنح سلطات غير محدودة للمالك على محل ملكيته، بل إعتاد المشرع التدخل لتحقيق الوظيفة الاجتماعية للملكية دون تفريغ حق الملكية من محتواه أو تعطيله عن أداء وظائفه وهو ما يسمى القيود القانونية[3]،

1- وهي عامة التطبيق والنفاذ تسري على كل الملكيات مهما تغير المالك فالعبرة بالملكية وليس المالك 2-ولا يضمن البائع للمشتري خلو المبيع من القيود القانونية ويفترض علم الكافة بهذه القيود فلا عذر بجهل القانون.

3-هذه القيود تعد خروجا عن الأصل العام لذلك لا يجب التوسع فيه ولا القياس عليه فهي محددة على سبيل الحصر بالنص القانوني الخاص بها.

4-لا يسري بشأنها التقادم المسقط حيث يستطيع المالك المطالبة بتطبيق القيد (كالمطلات مثلا) في أي وقت وإن مضى على تملكه العقار أكثر من 15 سنة، متى تحققت شروط المطالبة بالتطبيق، ولا يحتج عليه بالتقادم المسقط المادة 308 من القانون المدني.

5-لا تخضع لقواعد الشهر العقاري حيث أنها منصوص عليها في القانون

يقابلها القيود الاتفاقية

1- التي يلزم بها المالك نفسه مختارا في مواجهة الغير بعوض أو بدونه.

2-يضمن البائع للمشتري خلو المبيع من هذه القيود إن اتفق على ذلك

3-ليست محددة على سبيل الحصر بل يجوز للأفراد إنشاء ما يشاؤون من قيود على ملكياتهم ولا يحد من حريتهم سوى القيد العام بعدم مخالفة النظام العام والآداب العامة.

4-تخضع للتقادم المسقط بعم استعمالها.

5-تخضع لقواعد الشهر العقاري لأنها تنشأ باتفاقات خاصة.

المطلب الثاني: القيود الاتفاقية على حق الملكية(الشرط المانع من التصرف)

قد تظهر أمام الإرادة القانونية من المبررات الجدية ما يدفعها لتقييد تصرفها فيما تملكه، فيتفق الأفراد على نقل ملكية مال مضمنين عقد البيع شرطا يقضي بعدم قدرة المشتري على التصرف في المال لفترة معينة. ولم يرحب الفقه والقضاء في البداية بهذه القيود [4] سواء كان المنع مؤبدا أو مؤقتا وأيا كانت بواعثه ويعتبر الاتفاق في هذه الحالة باطلا بطلانا مطلقا. ومع تطور الفكر القانوني وزيادة الحاجة لهذه الاتفاقات لما تحققه من أغراض مشروعة بدأ القضاء يقر بصحتها ولكن في حدود ضيقة وبشروط.

أولا شروط صحة الشرط المانع من التصرف[5]

المادة 823 قانون مدني مصري:" 1-إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضي بمنع التصرف في مال، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع، ومقصورا على مدة معقولة.

2-ويكون الباعث مشروعا متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير.

3-والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف إليه أو الغير."

الشرط الأول: مجال الشرط المانع من التصرف

مجال الشرط مقيد بنوعين من التصرفات هما العقد والوصية. فالعقد لم يقيده القانون بنوع معين من العقود (بعوض أو تبرعي، ملزم لجانب واحد أو لجانبين)، لكن الواقع عملا هو وجود هذا الشرط في العقود التبرعية كالهبة، أو عقد البيع إذا كان الثمن مؤجلا.

الشرط الثاني: الباعث مشروع

هو تحقيقه لمصالح معتد بها قانونا وهذه المصالح قد تكون للمشترط أو للمشترط عليه أو للغير. وإذا كان الباعث غير مشروع يبطل الشرط ويظل العقد صحيحا-كأصل عام إلا إذا كان الشرط مهما جدا فيبطل العقد ككل-.

الشرط الثالث: أن تكون مدة المنع من التصرف معقولة

ثانيا: آثار الشرط المانع

1-بطلان التصرفات الممنوعة:خاصة التصرفات الناقلة للملكية كالبيع والهبة والمقايضة والتقديم كحصة عينية في شركة. ولا يقتصر البطلان على التصرفات التي تفوت المصلحة مباشرة بل والتي تؤدي إلى ذلك بشكل غير مباشر، فمثلا إذا كان الشرط في عقد بيع فإن المنع يمتد إلى الرهن الرسمي والحيازي للمال الممنوع التصرف فيه.

لكن يجوز للمشترط عليه إبرام التصرفات القانونية غير الناقلة للملكية كأعمال الإدارة (الإيجار) وكذلك التصرفات الكاشفة للحق كالقسمة.

كما يمتنع على المشترط عليه القيام بالأعمال المادية التي تعدم المال وتفوت المصلحة كهدم المنزل، أما الأعمال المادية المحسنة للمال فلا يمتد القيد إليها ما لم يرد نص خاص يمنع هذه الأعمال[6].

ولكن هل يجوز للمشترط عليه إبرام التصرفات التي تحقق المصلحة بشكل أفضل حتى لو اضطر لمخالفة الشرط المانع، كبيع الشقة وشراء منزل أوسع وأكبر بثمنها مع التكملة على أن ينتقل الشرط المانع للمال الجديد؟ وهو ما يسمى بالتصرف بشرط الإستبدال[7].

2-عدم جواز الحجز على المال الممنوع من التصرف.

3- الاحتجاج بالشرط المانع على الغير.

المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري من القيود الاتفاقية على حق الملكية

فيما يتعلق بالقيد القانوني على سلطة التصرف نجد عدة نصوص متناثرة في التشريع الجزائري لمنع المالك من التصرف مؤقتا في ملكيته مثال: عدم جواز بيع حق الانتفاع الممنوح للمنتجين الفلاحيين بموجب قانون 87-19 المتعلق بالمستثمرات الفلاحية إلا بعد مرور 10 سنوات من يوم تأسيس المستثمرة الفلاحية حسب المادة 84 من قانون التوجيه العقاري الملغاة بالمادة 12 من الأمر 95-26 مؤرخ في 1995/12/25 المعدل والمتمم لقانون 90-25 المتضمن التوجيه العقاري.

أما الشرط المانع من التصرف فلم يرد بشأنه نص في التقنين المدني الجزائري، إلا أنه يمكن استنتاج أخذ المشرع به بالرجوع إلى المرسوم 76-63 المؤرخ في 1976/3/25 المتضمن تأسيس السجل العقاري من خلال المادة 104:" يحقق المحافظ العقاري بأن البطاقة العقارية غير مؤشر عليها بأي سبب يقيد حرية التصرف في الحق من صاحبه الأخير[8].

المبحث الثاني: القيود القانونية الواردة على حق الملكية

المطلب الأول: أنواع القيود القانونية

رغم الضمان الدستوري لهذا الحق إلا أنه يمكن تحميله بقيود قانونية تبررها المصلحة العامة والخاصة، لما له من دور اجتماعي ويبرر ذلك أن الملكية الخاصة هي مبدأ للتضامن الاجتماعي وليست ثمرة المالك فقط .

يمكن تقسيم هذه القيود حسب وظيفتها في تحقيق المصلحة العامة أو الخاصة.

1-قيود مقررة للمصلحة الخاصة:

هدفها تنظيم الحقوق المتنافرة للملاك المتجاورين كعدم الإضرار بالمالك المجاور وعدم التعسف في استعمال حق الملكية. كل هذه القيود نظمها القانون المدني المادة 691 وما يليها. وهي قيود تمنع المالك من القيام بعمل ما أو أداء شيء ما مراعاة لحقوق الملاك المتجاورين[9].

2-قيود قانونية مقررة للمصلحة العامة[10]:

قد تتقرر على مبدأ الحق في التملك ذاته أي عم جواز تملك العقار من حيث المبدأ أو وضع حد أقصى للملكية العقارية سواء للأجانب أو الوطنيين. وقد تتقرر على حق الملكية بعد توافره كنزع الملكية للمنفعة العامة والاستيلاء المؤقت.

يمكن أن تكون سلبية تمنع المالك من القيام بعمل معين أو أداء عمل معين كالمفروضة من قبل قوانين العمران التي تمنع المالك من البناء بدون رخصة قانونية أو المالك المصنف عقاره كمعلم تاريخي وتراثي يمنع من القيام بأي أشغال دون رخصة مسبقة من الوزير المكلف بالثقافة. أما القيود الايجابية هي التي تلزم المالك بالقيام بعمل معين مثل إلزام المالك بوجوب استغلال الأرض الفلاحية، أو التي تجبر الملاك المجاورين لبعض الأملاك العامة ذات الأهمية للقيام بإزالة المنشآت والأسوار التي تحيط بالمناطق العسكرية.

مبررات القيود القانونية:

أغلب قيود المصلحة العامة من النظام العام وهي صفة مستمدة أساسا من هدف تحقيق المنفعة العامة مما يترتب عليه تعريض المخالفين لها لعقوبات جزائية وغرامات مالية. أما القيود الخاصة فقد فرضت لعلاج المشاكل التي يثيرها التلاصق.

وقد اعتبر الاجتهاد القضائي هذه القيود ضرورية لتحقيق الوظيفة الاجتماعية ولا تمثل حرمانا للمالك من ملكيته إلا إذا أفرغت جوهر الحق.

ولقد أيدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان هذا المبدأ، حيث اعتبرت أن القيود ضرورية لتحقيق الوظيفة الاجتماعية. كما وضع المجلس الدستوري الفرنسي جملة من المبادئ التي يجب إتباعها عند سن القيود القيود المنظمة لحق الملكية(قرار رقم 85-189 مؤرخ في 1985/07/17 حول دستورية نص المادة 11 فقرة 2 و 5 من قانون العمران التي بموجبها يمنح للسلطة الإدارية المختصة الموافقة المسبقة على أي تصرف قانوني أو مادي للعقارات المملوكة للخواص في بعض البلديات التي تستلزم حماية خاصة بسبب الوسط الطبيعي والبيولوجي اعتبر المجلس أن قيد منع التصرف المنصوص عليه في هذه المادة يعتبر حرمانا وغير دستوري إذا أفرغ جوهر حق الملكية، لكن في هذه الحالة إن تقييد التصرف برخص عمرانية ضروري ولا يمثل حرمانا لأن المالك لا يحرم من الاستغلال أو التصرف في عقاره ولا تنزع ملكيته وإنما تقيد سلطاته برخص مسبقة)[11].

المطلب الثاني: معايير تمييز القيود التي تفرغ جوهر حق الملكية أم لا تفرغه.

قيود المصلحة الخاصة لا تفرغ حق الملكية من جوهره لأن المالك له أن يتمتع بمزايا عقاره بشرط عدم الإضرار بالغير. لكن قيود المصلحة العامة قد تصل لحد الاعتداء على حق الملكية بتغيير مضمونه وشل سلطات المالك على وجه الدوام مما يجعلها شبيهة بنزع الملكية.

وقد وضع الفقه والاجتهاد الفرنسي جملة من المعايير للتمييز بين القيود التي تمس بحق الملكية والتي لا تمس به[12]:

1-سلب سلطات المالك وأهمها التصرف والاستعمال.

2-مدة القيد وخاصيته.

3-الضرر الخاص الذي يتسبب فيه القيد.

4-آثار القيد.

5-انقطاع صلة الاستئثار بين المالك وعقاره بصفة جسيمة في المدى القريب أو البعيد.

وبالتالي القيود التي تمس بجوهر حق الملكية تستوجب التعويض لأنها بمثابة نزع للملكية.

المطلب الثالث: أمثلة على القيود القانونية في القوانين الجزائرية.

أولا: قانون 90-25 في 1990/12/19 المتضمن التوجيه العقاري ألغى أهم قيد على الأراضي الفلاحية المتضمن الثورة الزراعية، إلا أنه من جهة أخرى ألزم المالك بوجوب استغلال الأرض وفي حالة عدم التزامه بذلك يتخذ الديوان الوطني للأراضي الفلاحية القرار المناسب الذي قد يصل إلى حد نزع ملكية الأرض وبيعها جبرا. من جهة أخر قيد القانون من سلطة المالك في التصرف بوجوب استصدار رخصة من مديرية المصالح الفلاحية للولاية المختصة إقليميا قبل إتمام التصرف سواء تعلق العقد بهبة أو بيع أو قسمة، ولما يحصل المالك على الرخصة تبقى سلطة التصرف مقيدة بحق الشفعة الإدارية الذي يمارسه الديوان الوطني للأراضي الفلاحية.

ثانيا: إلغاء حق البقاء في الأمكنة.

ثالثا: المادة 57 من قانون المالية لسنة 2008 المعدلة والمتممة بالمادة 58 من قانون المالية لعام 2012. ففي إطار السياسة المتبعة في مجال الإسكان بذلت الدولة مجهودات معتبرة لإنجاز السكنات بمختلف أنواعها، سواء كانت سكنات اجتماعية منجزة بمساهمة نهائية للدولة أو سكنات مستفيدة من إعانات عمومية لاسيما السكن الاجتماعي التساهمي (حاليا الترقوي المدعم)، سكن البيع بالإيجار (عدل)، أو السكن الريفي المدعم. فمن أجل وضع حد لعمليات المضاربة المحتملة على حساب الجماعة الوطنية قررت السلطات العمومية منع المستفيدين من هذه المساكن من بيعها خلال مدة معينة[13].

1-السكنات الاجتماعية المنجزة بمساهمة نهائية للدولة: غير قابلة للتنازل لمدة 10 سنوات من تاريخ العقد الإداري المعد من طرف مصالح أملاك الدولة.

2–سكنات البيع بالإيجار المنجزة من طرف الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره وصندوق التوفير والاحتياط/ بنك (برنامج 65000 مسكن): غير قابلة للتنازل لمدة 10 سنوات من تاريخ إعداد العقد التوثيقي.

3–السكنات المستفيدة من إعانات الدولة (الترقوي المدعم، السكن الريفي):

أ–السكن الترقوي المدعم (التساهمي) غير قابل للتنازل لمدة 5 سنوات إبتداء من تاريخ إعداد محضر دخول حيز الاستغلال فهي الوثيقة التي تجعل البيع على التصاميم نهائيا وبالتالي تأكد المطابقة وترخص دخول حيز الانتفاع، ولا تحتسب المدة من يوم إعداد عقد البيع على التصاميم[14].

ب–السكن الريفي وكذا تلك التي تدخل في إطار إنجاز تجزئات اجتماعية في المناطق التي يقل عدد سكانها عن 5000 المنجزة عن طريق البناء الذاتي، غير قابلة للتنازل لمدة 5 سنوات إبتداء من إتمام بناء السكن ومن تاريخ الحصول على شهادة المطابقة.

الخاتمة:

يتضح مما سبق أن المشرع يمكنه فرض قيود على الملكية العقارية الخاصة دون أن يخالف المبدأ الدستوري بشرط توفر الشروط القانونية في هذه القيود، والتي يعتبر أهمها أن يكون هذا التقييد لمدة محددة يبدأ سريانها من تاريخ معين ومعروف للطرف المعني به، وهو ما تبناه المشرع الجزائري في العديد من العقود المتعلقة بنوع معين من السكنات التي تهدف إلى تحقيق وظيفة إجتماعية كالسكن الاجتماعي والريفي والترقوي،...حيث قيد المشرع سلطة المالك في التصرف بمرور مدة محددة رغم إنتقال الملكية بشكل مسبق. إلا أن الإشكال الذي كان مطروح هو تباين الآراء في تأويل الأحكام التشريعية المتعلقة بمدة عدم قابلية التنازل عن هذه السكنات وكذا تاريخ بدأ سريان هذه المدة من خلال التعليمة الوزارية المشتركة السابق بيانها.

الهوامش:

[1]المادة 27 من قانون التوجيه العقاري 90–25 في 18 نوفمبر 1990 عرفت حق الملكية بأنه:" الملكية العقارية الخاصة هي حق التمتع والتصرف في المال العقاري أو الحقوق العينية من أجل استعمال الأملاك وفق طبيعتها أو غرضها".

[2] المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون 05–10 المؤرخ في 20 يونيو 2005

[3] رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية، مركز التعلم المفتوح، كلية الحقوق، جامعة بنها، ص 34.

[4]زرارة عواطف، عدم التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة في النظام القانوني الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2007–2008، ص 9.

بن زكري راضية، الآليات القانونية لحماية الملكية العقارية الخاصة، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2009-2010، ص 19 وما يليها.

[5] رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، المرجع السابق، ص 73.

[6] رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، المرجع السابق، ص 78،76.

[7] نبيل سعد، الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف، 2001، ص 48

[8] بعبع إلهام، حماية الملكية العقارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2007، ص 78. (لمزيد من التفاصيل حول الشرط المانع من التصرف راجع:عبد الرزاق السنهوري، ج8،ص 504 وما يليها)

[9] خوادجية سميحة، قيود الملكية العقارية الخاصة في الجزائر، مقال منشور بمجلة المفكر، العدد الرابع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، ص 235.

[10] راجع في تفصيلها رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، المرجع السابق ص 42 وما يليها

[11] خوادجية سميحة، المرجع السابق، ص 237.

[12] خوادجية سميحة، المرجع السابق، ص 239.

[13] التعليمة الوزارية المشتركة رقم 002 المؤرخة في 24 فيفري 2013 المتعلقة بعدم قابلية التنازل عن السكنات الاجتماعية المنجزة بمساهمة نهائية للدولة والسكنات المستفيدة من إعانات الدولة

[14] راجع في تفصيل عقد البيع على التصاميم:

-بلجراف سامية، ضمانات المشتري في عقد البيع بناء على التصاميم، مداخلة في الملتقى الوطني حول إشكالات العقار الحضري و أثرها على التنمية في الجزائر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة.

-بوستة إيمان، النظام القانوني للترقية العقارية، دار الهدى، الجزائر، ص87 وما يليها.

د.زرارة عواطف

التعسف في استعمال الحق كأساس للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة.

جامعة خنشلة

مقدمـــــة:

إن ظاهرة مضار الجوار غير المألوفة هي مشكلة يعاني منها كل مواطن جزائري،و هي مشكلة تزداد تفاقما يوما بعد يوم بسبب التطور الذي يعرفه المجال العمراني بسبب كثرة التجمعات السكانية الذي زادت معه ظاهرة التجاور بين السكان و هو ما زاد من حجم الأضرار الناجمة عن ذلك التجاور،و التي تجاوزت شخص الجار و أصبحت خطرا يهدد البيئة نظرا لعلاقتها المباشرة بحياة الإنسان و ارتباطها ببقائه.

و في مقابل ذلك يعرف مجتمعنا مع الأسف تراجعا لقيمة الجوار و تراجعا لمكانة الجار إلى درجة أن المناوشات اليومية التي تحدث بين الجيران أصبحت تتطور في الكثير من الأحيان لتصل إلى القضاء من أجل الفصل فيها،وهو الوضع الذي يجعل القاضي يقف محتارا عند الفصل في النزاع المعروض أمامه بين تطبيق القانون و

تغليب مصلحة أحد الجارين على مصلحة الآخر،و بين المحافظة على قدسية هذه العلاقة التي اكتسبتها من ديننا الحنيف الذي حرص على علاقة الجوار و قرنها بعبادة الله تعالى و عدم الشرك به،و هو ما يتضح في قوله تعالى :

"و اعبدوا الله و لا تشركوا به شيئا و بالوالدين احسانا،و بذي القربى و اليتامى و المساكين و الجار ذي القربى و الجار الجنب و الصاحب بالجنب و ابن السبيل و ما ملكت أيمانكم إن الله لا يحب من كان مختالا فخورا"

و موضوع مضار الجوار غير المألوفة لم يلق الاهتمام الكافي من الفقه الجزائري،رغم تنظيم المشرع الجزائري لعلاقات الجوار و إقراره لمسؤولية المالك عنها،و رغم أن المجتمع الجزائري يعرف هذه الظاهرة بصورة واضحة و يومية و متكررة.

و يطرح هذا الموضوع إشكاليات عديدة أهمها الإشكالية المتعلقة بأساس المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة،بمعنى تأصيل تلك المسؤولية و تكييفها و معرفة سبب قيامها.

و تحديد أساس المسؤولية هو مهمة يفترض أن يتولاها الفقه و ليس القانون،غير أن هذا الأخير قد يساعد على تحديد ذلك الأساس حتى يسهل على القاضي مهمة تقدير التعويض عن الضرر غير المألوف،و هو ما قام به المشرع الجزائري في نص المادة 691 من القانون المدني.

فما هو موقف المشرع الجزائري من أساس المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة؟ و هل الأساس الذي حدده المشرع هو الأساس الأنسب الذي يمكن أن تقوم عليه مسؤولية المالك؟. أحاول الإجابة عن هذه الإشكالية و ذلك باتباع الخطة التالية:

أولا- مفهوم مضار الجوار غير المألوفة

ثانيا-التكييف الفقهي للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة

ثالثا-التكييف القانوني للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة

خاتمة

أولا- مفهوم مضار الجوار غير المألوفة:

لقد قيّد المشرع الجزائري حرية المالك في استعمال ملكه بعدم الإضرار بجاره، و قد اشترط المشرع أن تكون تلك المضار غير مألوفة، و ذلك من خلال نص المادة 691 من القانون المدني و التي جاء فيها:

"يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك جاره

و ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة،غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف،و على القاضي أن يراعي في ذلك العرف و طبيعة العقارات و موقع كل منها بالنسبة إلى الآخرين،و الغرض الذي خصصت له".

فالمشرع كان واضحا في تحديده لنوع الضرر الذي تترتب عليه مسؤولية المالك و هو الضرر غير المألوف،أو كما يطلق عليه الفقه الإسلامي الضرر الفاحش [1] ،و قد فضّل المشرع الجزائري تسمية تلك الأضرار بالمضار على غرار سائر القوانين الأجنبية.

و تسمية مضار الجوار في الحقيقة هي وليدة الاجتهاد القضائي و من صنع الأعراف و التقاليد [2]،و هي تسمية مميزة و مستقلة ذات مفهوم مرن يحتمل اعتبارات عدة،لا يمكن استيعابها إلا بتحديد مفهوم دقيق للضرر غير المألوف بوجه عام.

و المشرع الجزائري لم يحدد مفهوما للضرر غير المألوف،و لم يضع معيارا دقيقا يتخذه القاضي لتحديد طبيعة الضرر من حيث كونه مألوفا أم لا،و قد يرجع السبب إلى كون التعريف من مهمة الفقه و ليس القانون،و الملاحظ أيضا هو عزوف فقهاء القانون الجزائري عن دراسة موضوع مضار الجوار غير المألوفة،رغم ما تطرحه هذه المسألة من خلافات و نزاعات يومية بين الجيران،تصل في الكثير من الأحيان إلى المحاكم لفضها،على عكس الفقه المقارن و خاصة الفقه الفرنسي الذي اجتهد كثيرا في دراسة التزامات الجوار من ناحية تحديد تلك الالتزامات و تحديد أساس المسؤولية الناشئة عنها.

و نظرا لغياب التعريف القانوني لمضار الجوار غير المألوفة ينبغي البحث في ذلك التعريف و هو الأمر الذي لا يمكن الوصول إليه إلا بتحديد مفهوم الجوار ثم مفهوم الضرر غير المألوف و ذلك للارتباط الوثيق بين مصطلحي الجوار و الضرر غير المألوف الذي جعلهما يشكلان صورة مهمة من صور المسؤولية المدنية،و أحد أهم تطبيقاتها في الحياة العملية.

أولا- 1- مفهوم الجوار:

الجوار هو ضرورة لا يمكن للإنسان الاستغناء عنها،فالفرد المنعزل الذي لا جار له و ليس جارا لأحد هو ضرب من ضروب الخيال و الوهم الذي لا وجود له في الواقع الملموس [3] ،و أهمية الجوار تقتضي تحديد مفهومه،و الجدير بالذكر أن مفهوم الجوار في نطاق المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة يأخذ طابعا متميزا عن مفهومه في أي مسألة أخرى كالشفعة مثلا [4] ،لأن مضار الجوار التي يمكن أن يتسبب فيها مالك ما قد يتعدى أثرها الجار الملاصق إلى جار بعيد،كما أن مضار الجوار غير المألوفة تلحق بالجار و تقوم عليها مسؤولية المالك مهما كانت صفة الجار و دون تحديد لمدى الجوار الذي يربط بين الجارين.

فالجوار واقعة طبيعية من ناحية،و اجتماعية من ناحية أخرى [5] ، و يفهم من الواقعة الطبيعية أنها الواقعة التي تحدث بفعل الطبيعة دون أن يكون للإنسان دخل في حدوثها،أما الواقعة الاجتماعية فيقصد بها الواقعة التي لا مفر من وجودها في كل مجتمع.

و للجوار تعريفات مختلفة لغوية و اصطلاحية،و التعريف الذي يهمنا في حقيقة الأمر هو التعريف القانوني للجوار و الذي لا وجود له في القانون الجزائري الذي اكتفى بتنظيم التزامات الجوار دون تحديد مفهوم هذه العلاقة،أما فقهاء القانون فمنهم من عرف الجوار بالتلاصق بين العقارات [6] و منهم من قال بأن مجرد اجتماع العقارات و تقاربها في حي واحد يكفي لتحقق الجوار[7] .

فمصطلح الجوار له مدلول قانوني ينقسم إلى قسمين،الأول بالنظر إلى الأموال أي العقارات و الثاني بالنظر إلى الأشخاص، ففي الأول يتحقق الجوار بالتلاصق بين العقارات كما يتحقق بالجوار البعيد، و الجوار قد يكون أفقيا و قد يكون عموديا،فالقانون لا يضع حدا معينا للجوار و لا يشترط فيه التلاصق دائما لأن الضرر قد يتعدى الجار الملاصق إلى الجار البعيد و العبرة بالضرر و ليس بالتلاصق،و لا فرق في قيام المسؤولية بين المضار التي تلحق الجار القريب و بين تلك التي تلحق الجار البعيد فالعبرة بحجم الضرر و الذي يحدد قيمة التعويض.

أما عن مدلول الجوار من حيث الأشخاص فهي فكرة حديثة لمفهوم الجوار، لم تعد مقتصرة على الترابط بين الملكيات المتجاورة فقط،بل تجاوزت هذا الاعتبار لتتناول النشاطات الفردية لكل مالك و التي تعددت المنازعات بشأنها،و هكذا لم تعد المنازعات محصورة بين المالكين فقط بل تعدت إلى المستأجرين و الشاغرين للعقار بصفة مؤقتة و بصفات مختلفة كالأقارب و الأصدقاء و الضيوف الزائرين،و رغم كل ذلك يبقى المالك هو المسؤول الأول عن تخصيص عقاره للمنفعة العامة و الخاصة.

و رغم ما سبق يبقى تعريف الجوار تعريفا قانونيا دقيقا مسألة صعبة للغاية نظرا لكون فكرة الجوار هي فكرة مرنة و نسبية لا يمكن إخضاعها لمعيار ثابت.

أولا-2-مفهوم الضرر غير المألوف:

إن مسؤولية المالك تقوم فقط عند إلحاقه ضررا غير مألوف بجاره،و يعد ذلك اعترافا من المشرع بضرورة التسامح بين الجيران في حال الأضرار المألوفة و التي يعد تحملها ضرورة اجتماعية يقتضيها مبدأ التضامن الاجتماعي،كما يعد ذلك استجابة لتطور الحياة في المجتمع و ازدياد النشاط الصناعي و الاقتصادي [8] .

و الضرر بوجه عام هو الركن الثاني في المسؤولية المدنية،و قد عرف الضرر بأنه مساس بمصلحة مشروعة للشخص [9] ،أو بعبارة أخرى هو الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشـــروعة لــه [10]،سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة المتعلقة بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو حريته أو بشرفه و اعتباره أو غير ذلك[11] .

و الضرر ركن أساسي للمطالبة بالتعويض،و للضرر دور كبير في تقدير قيمة التعويض،لأن الغرض من التعويض هو إصلاح الضرر،و لدراسة الضرر مسألة مهمة في موضوع مضار الجوار غير المألوفة،فالضرر يجب إزالته و قد نهت الشريعة الإسلامية المسلم عن إلحاق الضرر بأخيه المسلم انطلاقا من قوله صلى الله عليه و سلم:(لا ضرر و لا ضرار).

ومما سبق يمكن تعريف الضرر في مجال الجوار بأنه ذلك الأذى الذي يصيب الجار نتيجة المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له،سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسمه أو ماله أو شرفه،أو غيرها.

و الضرر الذي يصيب الجار قد يكون ماديا أو معنويا،غير أن الضرر المادي في بيئة الجوار أكثر حدوثا،كإصابة الجار بمرض نتيجة استنشاقه غازات سامة من معمل مملوك لجاره،كما قد يمتد الضرر لأسرة الجار.

و يبقى أن نقول في تعريف مضار الجوار غير المألوفة أن مسألة مألوفية الضرر هي مسألة نسبية يصعب تحديد مفهومها بدقة نظرا للاختلاف بين الأشخاص في تحمل الضرر فما قد يبدو مألوفا لشخص قد يبدو عكس ذلك بالنسبة لآخر،و الضرر المألوف في مكان معين قد يكون غير مألوف في مكان آخر كالريف و المدينة مثلا،و بالتالي يصعب تحديد كون الضرر مألوفا أم غير مألوف.

ثانيا- التكييف الفقهي للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة:

إن مسألة قيام مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة هي مسألة واضحة لا يمكن الاختلاف بشأنها،فقد اعترف كل من القانون و الفقه بهذا النوع الخاص من المسؤولية،كما طبقها القضاء في أحكامه المختلفة.

و إذا كانت المسؤولية هي ذلك النظام القانوني الذي بمقتضاه يتحمل شخص عبء تعويض الضرر الحاصل لشخص آخر،فإن أدق مسألة يمكن أن تثور في هذا المجال هي العثور على الرابطة التي تربط بين الشخص الذي تحمل المسؤولية و بين الضرر،تلك الرابطة التي يعبر عنها في الاصطلاح القانوني بأساس المسؤولية،بمعنى السبب الذي يجعل القانون يختار شخصا معينا دون غيره لكي يتحمل عبء التعويض.

و لما كانت مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة هي من عمل القضاء الفرنسي فقد اختلف الفقهاء الفرنسيون في تحديد الأساس الذي تقوم عليه هذه المسؤولية،خاصة أن قواعد المسؤولية التقصيرية أصبحت غير كافية لاستيعاب هذا النوع من المسؤولية بسبب التطور السريع لنظرية مضار الجوار غير المألوفة.

و قد تعددت النظريات الفقهية في تحديد أساس المسؤولية عن مضار الجوار غير أنها انقسمت أساسا إلى اتجاهين،اتجاه يبني المسؤولية على أساس شخصي و اتجاه يقيمها على أساس موضوعي،و نتعرض إلى مضمون كل نظرية باختصار

ثانيا-1-المسؤولية عن مضار الجوار على أساس شخصي:

لقد أقام أصحاب هذا الاتجاه المسؤولية عن مضار الجوار على أساس الخطأ،و يقصد به الخطأ التقصيري الذي يتمثل في الإخلال بالتزام قانوني ببذل عناية [12]،و هو أن يبذل الشخص اليقظة و التبصر حتى لا يضر بالغير،غير أن أصحاب هذا الرأي اختلفوا في تحديد مفهوم الخطأ، فمنهم من يرى أن المقصود هو الخطأ الشخصي أي أن الخطأ ينبغي أن يصدر من المالك مباشرة خاصة أن الاجتهاد القضائي الفرنسي كان غالبا ما

يقر مسؤولية المالك بناء على خطأ ارتكب من طرفه [13]،و منهم من يفهم الخطأ بأنه إخلال بالتزامات الجوار،أو خطأ في حراسة الأشياء باعتبار المالك حارسا للعقار و مسؤولا عنه في مواجهة باقي الجيران.

و قد تعرضت النظرية الشخصية لنقد شديد لأن الخطأ لا يمكن أن يكون أساسا للمسؤولية عن مضار الجوار و إلا ما كان القضاء يحكم في الكثير بالأحيان بإقامة مسؤولية المالك عن المضار التي يلحقها بجاره رغم عدم صدور خطأ منه.

و من هنا بحث الفقه عن أساس آخر تبنى عليه المسؤولية فاتجه الفقهاء إلى النظرية الموضوعية.

ثانيا-2-المسؤولية عن مضار الجوار على أساس موضوعي:

النظرية الموضوعية تقيم المسؤولية عن مضار الجوار في حالة وقوع الضرر،و تنفي تلك المسؤولية في حال عدم وقوعه،بدون الأخذ في عين الاعتبار نية المالك من حيث ارتكابه لخطأ أو عدمه،فالعبرة في قيام المسؤولية هي تحقق الضرر،لأن المهم هو جبر الضرر و تعويض المضرور.

و النظريات التي تقيم المسؤولية على أساس موضوعي كثيرة أهمها نظرية تحمل التبعة،و نظرية الضرورة فنظرية التبعة مضمونها أن المالك في مقابل استفادته من ملكيته ينبغي عليه تحمل ما يصيب الغير من أضرار غير مألوفة بسبب هذا الاستعمال [14] ،و تستند هذه النظرية في منطقها إلى قواعد العدالة و مقتضياتها فمن ينتفع بشيء ينبغي أن يتحمل مضاره،فالضرر بحسب أنصار مسؤولية التبعة هو فكرة مادية لا تقيم وزنا إلا للضرر و تطرح فكرة الضرورة بعيدا.

و تظهر أهمية فكرة تحمل التبعة في غلق المجال أمام المالك للدفع بعدم مسؤوليته حتى بالقوة القاهرة،و ليس أمامه لنفي مسؤوليته سوى إثباته لخطأ الجار المتضرر[15]

أما نظرية الضرورة فمضمونها أن كل مضايقة تلزم الفاعل بتعويض المتضرر ما عدا في حالة الضرورة،و قد تعرض المشرع الجزائري لحالة الضرورة في المادة 130 من القانون المدني بقوله: من سبب ضررا للغير ليتفادى به ضررا أكبر محدقا به أو بغيره،لا يكون ملزما إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسبا.

فالمضايقات في مجال الجوار تعد أحيانا ضرورة اجتماعية لا مفر من تحملها،غير أن الضرورة لها شروط محددة و هي عدم تجاوز المضار الحد المألوف و إلا قامت المسؤولية لمجاوزتها حدود الضرورة.

و تبدو نظرية تحمل التبعة أكثر النظريات ملاءمة للمسؤولية عن مضار الجوار رغم أن هذه المسألة لا زالت تحتاج إلى البحث و النقاش من طرف فقهاء القانون المدني.

ثالثا-التكييف القانوني للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة:

إن معرفة موقف المشرع الجزائري من أساس المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة هي مسألة مهمة تتحقق بالبحث عن نصوص تشريعية خاصة تنظم أحكام هذه المسؤولية و تبين بصراحة هذا الأساس.

و قد سبق القول أن تحديد أساس المسؤولية هي مهمة يتولاها الفقه و ليس القانون،غير أنه في بعض الحالات يمكن لهذا الأخير أن يساهم في إيجاد أساس سليم للمسؤولية.

و هو ما فعله المشرع الجزائري في نص المادة 691 من القانون المدني،و ذلك باعتماده لنظرية التعسف في استعمال الحق كأساس للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة.

إن التعسف في استعمال الحق هو نظرية قائمة بحد ذاتها،و هو قيد عام يرد على جميع الحقوق بدون استثناء،و رغم كونه يرد بصفة خاصة على حق الملكية العقارية الخاصة التي تعد أهم تطبيقاته،غير أن التعسف في استعمال الحق لا يصلح حسب رأيي لأن يكون أساسا لمسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة،و ذلك لأن مضار الجوار غير المألوفة قد تنجم عن تصرف طبيعي و معتاد صادر من المالك و لا يمكن نفي مسؤوليته هنا فقط لأنه لم يتعسف في استعمال ملكه،و في مقابل ذلك،قد يتعسف المالك في استعمال ملكه دون أن يحدث ضررا غير مألوف للغير أو يحدث ضررا و لكنه مألوف يمكن لجاره تحمله،فهنا لا يعقل إقامة مسؤولية المالك عن ذلك التعسف ما دام لم يلحق ضررا غير مألوف بالجار.

و من هنا يتضح أن المشرع الجزائري قد أخطأ في تأسيسه للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة على نظرية التعسف في استعمال الحق،فالضرر غير المألوف هو الأساس الأنسب الذي يجب أن تقوم عليه المسؤولية عن مضار الجوار التي تقوم بتوافره و تنتفي بانتفائه.

خاتمة:

مما سبق يتضح أنه ينبغي على المشرع الجزائري إعادة النظر في الأساس الذي اعتمده في هذا النوع من المسؤولية و إيجاد أساس أنسب يقيم عليه مسؤولية المالك عن مضار الجوار، و حتى لا أتناقض في قولي بأن إيجاد الأساس هو مهمة الفقه و ليس القانون فالأفضل للمشرع أن يتحاشى ذكر ذلك الأساس فبدلا من القول الوارد في نص المادة 691 من القانون المدني:يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه يكتفي المشرع بالقول مثلا:"يجب على المالك أن يستعمل ملكه استعمالا لا يلحق ضررا غير مألوف بالجار" و هكذا يتجنب المشرع إقامة المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة على نظرية التعسف في استعمال الحق.

فالمشرع يجب أن يكون عمليا أكثر في خلقه لقواعد قانونية تتماشى مع الزمن الذي نعيش فيه خاصة في مجال علاقات الجوار و التي تعد علاقات مقدسة نظرا لقيمة الجوار في ديننا الإسلامي الحنيف الذي نظم نوعين من الالتزامات الجوارية،التزامات سلبية مضمونها عدم إيذاء الجار و هي الالتزامات التي تدور حولها هذه الدراسة،و التزامات ايجابية تتمثل في إكرام الجار و الإحسان إليه و هي التزامات تكاد تنعدم مع الأسف رغم أهميتها في العلاقات الجوارية.

الهوامش:

1- فتحي الدريني،نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي،مؤسسة الرسالة،بيروت،1977،ص 126 [1]

2- مروان كساب،المسؤولية عن مضار الجوار،الطبعة الأولى،طباعة جون كلود انطوان الحلو،الاشرقية،لبنان1998،ص 11
3- أحمد عبد التواب محمد بهجت،المسؤولية المدنية عن الفعل الضار بالبيئة،دراسة مقارنة بين القانون المصري و الفرنسي،دار النهضة العربية،القاهرة 2008، ص 114
4- عطا سعد محمد حواس،المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث البيئي في نطاق الجوار،دراسة مقارنة،دار الجامعة الجديدة،الاسكندرية2001،ص88
5- عبد الرحمن علي حمزة،مضار الجوار غير المألوفة و المسؤولية عنها،دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي و القانون الوضعي،دار النهضة العربية القاهرة 2006 ص 54
6- السيد عبد الوهاب عرفة،الشامل في حق الملكية و الحقوق العينية الأصلية و التبعية،دار الفكر و القانون،المنصورة،مصر ،2010،ص 28
7- مراد محمود محمود حسن حيدر،التكييف الشرعي و القانوني للمسؤولية المدنية الناشئة عن مضار الجوار غير المألوفة،دراسة تحليلية مقارنة ،دار المطبوعات الجامعية،الاسكندرية،2009،ص 104
8-أحمد محمود سعد،استقراء لقواعد المسؤولية المدنية في منازعات التلوث البيئي،الطبعة الأولى،دار النهضة العربية،القاهرة 1994،ص290 -
9- دربال عبد الرزاق،الوجيز في النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)،دار العلوم للنشر و التوزيع،عنابة2004،ص 78
10- فاضلي ادريس،الوجيز في النظرية العامة للالتزام،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر 2009،ص211
11- سليمان مرقس،المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية،أركان المسؤولية،معهد الدراسات العربية بجامعة الدول العربية،1972،ص 310
12-غسان محمد مناور أبو عاشور،الأساس القانوني لمسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة في القانون المدني الأردني و الفقه المقارن،مكتبة الجامعة الأردنية،مركز الرسائل و الأطروحات،الأردن بدون سنة نشر،ص6 -
13- Genevieve Viney et Patrice Jourdain ,Traité de droit civil,Les conditions de la responsabilité ,édition Delta,Paris ,1998,p1066-
14-ياسر محمد فاروق المنياوي،المسؤولية المدنية الناشئة عن تلوث البيئة،دار الجامعة الجديدة الأزاريطة2008، ص 297
15- عبد الوهاب محمد عبد الوهاب محمود،المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن تلوث البيئة،رسالة دكتوراه،جامعة القاهرة،1994،ص 148

أ.أحمد رضا صنوبر[1]

دور القاضي في تحديد وتقدير مضار الجوار غير المألوفة

جامعة تلمسان

المقدمة :

لقد كفلت جل التشريعات الحق الفرديّ ، وأقرته ووضعت له حماية خاصة ,كما وضعت له حدود معينة, يترتب في حالة الخروج عنها قيام المسؤولية ، فالفرد قد يحدث ضررا بالغير أثناء خروجه عن حدود حقه ، كما قد يحدث ضررا بدون الخروج عن تلك الحدود وبالتالي فلابد من منع الإضرار بالغير

سواء كان نتيجة تخطي الحدود الموضوعية للحق أم بدون تخطي هذه الحدود ،ولا بد من إيجاد أساس يقوم عليه الحكم بالتعويض لصالح المضرور ،مهما كان نوع الفعل الذي أدى إلى هذا الضرر .

ولما كان حق الملكية العقارية الخاصة من أهم الحقوق الفردية خاصة بالنظر إلى السلطات الممنوحة للمالك [2] ، والتي قد تجعل منه وسيلة للإضرار بالغير ،كان لابد من الوقوف على احد أهم القيود التي تلحق هذا الحق والذي هو مضار الجوار غير المألوفة .

إن المشرع الجزائري قد حدد مجموعة من المعايير التي تعتبر عامة تنبسط على كافة الحقوق، سواء كانت شخصية أم عينية أم معنوية ، وبالطبع يخضع لها أيضا حق الملكية العقارية الخاصة ، غير انه وفي المقابل تناول المشرع الجزائري معيار مضار الجوار غير المألوفة وخص به حق الملكية العقارية الخاصة ، إذ لا يمكن تعميم هذا المعيار على كافة الحقوق ، خصوصا وان المشرع تناوله في أحكام حق الملكية .

إن مضار الجوار غير المألوفة يعدّ من قبيل القيود التي تلحق حق الملكية العقارية الخاصة ويوجب مسؤولية المالك عنها ، لذلك كان التزام المالك بأن لا يحدث ضرار غير مألوفا لجاره قيدا يرد على حق الملكية ، وهو اقرب إلى أن يكون التزاما عينيا ، لأنه يرافق المالك وينتقل معه أين ذهب .

سنحاول من خلال هذا الموضوع التطرق إلى إشكالية كيفية تعامل القضاء الجزائري مع هذا المعيار ؟ وكيف يمكن للقاضي تقدير تحقق هذا القيد من عدمه ؟ و ذلك من خلال دراسة مختلف الجوانب النظرية المرتبطة بحالة مضار الجوار غير المألوفة و تطبيقاتها أمام القضاء .

المبحث الأول : الاطار القانوني لمضار الجوار غير المالوفة :

قبل الوقوف على تطبيقات مضار الجوار غير المألوفة من الناحية العملية لابد علينا أولا من تحديد الإطار القانوني لهذا المعيار من خلال تحديد حالة مضار الجوار غير المألوفة والشروط الواجب توافرها في هذه الحالة.

المطلب الاول : تحديد حالة مضار الجوار غير المالوفة :

خارج إطار مسؤولية المالك التي تترتب على عاتقه جرّاء مخالفته للقوانين والتنظيمات أو تعسفه في استعمال حق الملكية أو إهماله أو رعونته ، يطرح السؤال بخصوص جواز قيام المالك بكل ماهو ليس ممنوعا ؟ وقبل الإجابة على هذا التساؤل كان لابدّ من الإشارة ولو بإيجاز على الاختلاف الموجود ما بين حالة مضار الجوار غير المألوفة و حالة الخطأ في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة هذا من جهة، ومن جهة أخرى الاختلاف الموجود ما بين حالة مضار الجوار غير المألوفة وحالة التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة .

الفرع الاول : الخطأ في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة:

*** 1 : مخالفة المالك للقوانين والتنظيمات :**

على اعتبار أن حق الملكية العقارية الخاصة ليس بالحق المطلق ، وعلى المالك أن يستعمله في حدود القوانين والتنظيمات التي تقيد من حق الملكية ، وعليه فإذا اخل بأي التزام فرضته هذه القوانين، كان الاخلال بهذا الالتزام خطأ يستوجب مسؤوليته التقصيرية ، وكمثال عن ذلك عدم حيازة المالك لرخصة إدارية من اجل إدارة محل مقلق للراحة أو الصحة يترتب عنه خطأ ، فإذا ترتب على هذا الخطأ ضرر يلحق بالجيران ، كان عليه أن يعوض هذا الضرر وفقا للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية .

و لكن قد يحدث أن يكون المالك ملتزما بجميع القوانين و التنظيمات إلا أن ذلك لا يمكن و لا يعد أن يكون سببا لإعفائه من مسؤولية مضار الجوار غير المألوفة . و كمثال لذلك نشير إلى القرار الصادر عن المحكمة العليا – الغرفة العقارية – بتاريخ: 2007/09/12 تحت رقم الملف 410719 و الذي جسد مبدأ عدم أحقية مالك العقار التمسك بالرخص و مطابقة الأشغال لقواعد العمران قصد إعفائه من مسؤولية مضار الجوار لأن تسليم هذه الرخص يتم تحت شرط مراعاة حقوق الغير، فهذا القرار عالج نزاع يتمحور حول جدار أنجز بصفة شرعية من خلال رخصة صادرة عن جهات إدارية إلا أن الطاعنين ركزوا في دعواهم بأن موضوع النزاع يخص مضار الجوار على اعتبار أن جميع الخبرات القضائية التي أنجزت أثبتت بأن الجدار يلحق أضرارا بالمحل التجاري للطاعنين بسبب علوه و هو الأمر الذي دفع قضاة المحكمة العليا إلى التأكيد على ضريرة التمييز ما بين مراعاة القوانين و التنظيمات و حالة مضار الجوار غير المألوفة .

2*: ارتكاب المالك خطأ :

قد يرتكب المالك خطأ تقصيريا في استعماله لملكه ، وذلك بأن ينحرف في هذا الاستعمال عن سلوك الشخص العادي ، فإذا تسبب بهذا الانحراف بضرر لجاره ، يكون مسئولا مسؤولية تقصيرية في حدود القواعد العامة ، كأن يحدث ضجيجا يقلق راحة الجيران وكان في وسعه أن لا يحدثه ، أو يستعمل منزله كمكان للرقص أو الحفلات الصاخبة [3]، هذه الأفعال تعتبر تقصيرية وانحراف من قبل المالك على اعتبار انه كان بإمكانه تفاديها وتجنبها إعمالا بقاعدة سلوك الشخص العادي .

الفرع الثاني : التعسف في استعمال حق الملكية :

ان المشرع الجزائري لم يترك مجالا للشك بان التعسف أصبح تطبيقا من تطبيقات العمل غير المشروع خاصة أن المشرع ذكر ذلك صراحة في نص المادة 124 مكرر من القانون المدني التي حددت حالات الاستعمال التعسفي للحق والتي هي كالآتي :

- قصد الإضرار بالغير .
- اذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير .
- اذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة .

ان هذه المعايير منها ماهو شخصي ومنها ما هو موضوعي ، ويتضح من نص المادة 124 مكرر أن المشرع الجزائري لم يجب عن السؤال المتعلق بتعريف التعسف وإنما اكتفى بتعداد حالات الاستعمال التعسفي للحق [4] ، الأمر الذي يجعل القاضي مجبرا على التقيد بهذه الحالات من دون القدرة على إضافة حالات جديدة أخرى .

الفرع الثالث : مضار الجوار غير المألوفة :

أو ما يعرف بالضرر الفاحش، وقد عرف هذا المعيار في الفقه الاسلامي ، كما عرفه فقهاء القانون الفرنسي القديم وكذلك القضاء ، فذهب بوتييه الى القول :- انه لا يجوز للمالك أن يأتي عملا مضرا بالجار ومناقضا لالتزامات الجوار- فهذه الحالة لا يكون هناك أي خطأ في جانب المالك ولا يكون المالك متعسفا في استعمال حق ملكيته ، فهو لم ينحرف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد لا خروجا عن حدود حق الملكية ولا تعسفا في استعمالها ، بل الأمر أن هنالك استعمال المالك لحق ملكيته قد أضر بالجار ولذلك لا يعوض المالك جاره عن الضرر الا اذا كان ضررا غير مألوف أي ضررا فاحشا ولا يعوض عن الضرر غير المألوف أي الضرر الذي لا يمكن تجنبه بين الجيران ، ولقد نصّ عليه المشرع الجزائري في المادة 691 من القانون المدني، هذه الأخيرة تضع قيدا عاما يرد على حق الملكية العقارية الخاصة يتمثل في التزام المالك وهو يستعمل حقه بعدم الإضرار بجاره ، فعلى المالك التزام سلبي بالامتناع عن استعمال حقه في ما يضرّ بملك الجار ضررا غير مألوف ، عادي [5].

اذا من هذا المنطلق يمكن القول بأن حالة مضار الجوار غير المألوف تهم علاقات الجوار بالخصوص عكس حالة التعسف في استعمال الحق التي هي أوسع وأشمل ، وهي قابلة للتطبيق ليس فقط على العلاقات التي تربط مابين المالكين المتجاورين ، بل أيضا في حالة الملكية المشتركة أو في حالة العلاقة القائمة مابين المالك والمستأجر او العلاقات القائمة ما بين المستأجرين المتجاورين [6] .

المطلب الثاني : الشروط الواجب توافرها في حالة مضار الجوار غير المألوفة :

تقتضي المادة 691 من القانون المدني لقيام المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة شرطان أساسيان : الأول وجود ضرر بليغ أو فاحش يصيب الجار والثاني يتمثل في التعسف أو غلوّ المالك في استعمال حقه .

الفرع الأول : وجود ضرر بليغ :

وهو ما يعبّر عنه بالضرر غير المألوف في علاقات الجوار بينما الضرر المألوف فلا يعتبر فاحشا ، وبالتالي فلا يعدّ استعمال المالك لملكيته بطريقة ترتب ضررا مألوفا تعسفا بل يعتبر استعمالا عاديا تشمله المسامحة ، لأن مساءلة المالك عن كل الأضرار الناجمة عن استعماله لملكه مهما كانت تافهة تنقض أصل الملكية

وتغلّ يده عن استعمال ملكه ، ولهذا اشترط المشرع درجة معينة من الضرر حتى يعتبر الفعل تعسفيا ، وهذه الدرجة هي الضرر الفاحش .

و هو الشرح ذاته الذي أقرته المحكمة العليا في العديد من قراراتها إذ ذهب القضاء إلى الأخذ بهذا الشرط و اعتبره أساسيا لتحقق حالة مضار الجوار غير المألوفة .

و نشير إلى القرار الصادر بتاريخ 2007/06/13 تحت رقم الملف 404069 عن المحكمة العليا – الغرفة العقارية –[7] و الذي اعتبر أن تشييد جدار يحجب النور و الهواء على الجار يجعل من سكن هذا الأخير غير لائق لأنه يمثل ضررا غير مألوفا .

الفرع الثاني : تعسف المالك في استعمال حقه :

انّ المشرع الجزائري حدّد معنى التعسف ضمن نص المادة 691 الفقرة 2 من القانون المدني، و رسم له معيارا مرنا لا قاعدة جامدة ، فالتعسف يتصف بكل عمل يحدث ضررا غير مألوف للجار ، فالمعيار إذا هو الضرر غير المألوف .

اذا من خلال هذان الشرطان يمكننا القول والجزم أن شروط مسؤولية المتسبب في مضار الجوار غير المألوفة تتعلق بشرط واحد وأساسي وهو المضار غير المألوفة ، لأن النقاش المثار بهذا القيد ينحصر كلّه في الطابع المادي لمضار الجوار غير المألوفة ، فالقاضي لابدّ عليه أن يحدد ما هو غير المألوف من مضار الجوار .

المبحث الثاني :موقف القضاء الجزائري من حالة مضار الجوار غير المألوفة :

ان تحديد مضار الجوار ومدى تجاوزها الحدّ المألوف يدخل ضمن اختصاص قضاة الموضوع اللذين هم ملزمون بالأخذ بعين الاعتبار العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها ، هذا المبدأ تناوله القرار [8]الصادر عن المحكمة العليا – الغرفة العقارية – بتاريخ : 08 – 04 – 2009 تحت رقم الملف : 506915 .

هذا المبدأ الذي تناوله القرار جاء تطبيقا لأحكام الفقرة 2 من نص المادة 691 من القانون المدني ، وانطلاقا منه سنقف على كيفية تقدير الضرر غير المألوف ونخصص المطلب الثاني لدراسة الأساس القانوني الذي يقوم عليه الالتزام بالتعويض عن مضار الجوار غير المألوفة .

المطلب الاول : تقدير الضرر غير المألوف :

يتضح من نصّ المادة 691 فقرة 02 من القانون المدني وكذا المبدأ المشار إليه من طرف المحكمة العليا بموجب القرار الصادر بتاريخ : 08 – 04 – 2009 أن معيار مضار الجوار غير المألوفة يمتاز بخاصيتين وهما :

- **أنه معيار مرن.**

- **انه معيار موضوعي.**

نقول انّه مرن لأن مسألة تقدير مألوفية الضرر أو عدم مألوفيته تخضع للسلطة التقديرية للقاضي ، هذا الأخير يحدّدها بناءا على اعتبارات معينة تناولتها المادة 691 فقرة 02 من القانون المدني ذلك أن معيار الضرر غير المألوف ليس بالقاعدة الجامدة ، اذ انّه يتكيف مع الظروف المختلفة ، ويواجه الحاجات المتغايرة ، ويستجيب لمقتضيات كلّ منها ، ومن جهة أخرى هو معيار موضوعي لا معيار ذاتي ، فلا اعتبار لحالة الجار الذاتية ، كأن يكون الجار مريضا أو منشغلا بأعمال تقتضي الهدوء التام ، فينزعج لأية حركة ولو كانت مألوفة ، وإنما العبرة بحالة الشخص المعتاد ، وهو شخص من أوساط الناس يزعجه ما يزعج الناس عادة و يتحمل ما جرى العرف بتحمله فيما بين الجيران فيقاس على هذا الشخص كل جار فيما يعدّ ضررا غير مألوف بالنسبة إليه ، ولو كان هذا الجار يحتمل أكثر مما يحتمل الشخص المعتاد فيكون له الغنم ، أو كأن يحتمل أقل مما يحتمل الشخص المعتاد فيكون عليه الغرم[9] .

ومن هنا كانت الاعتبارات التي يعتد بها في تقدير الضرر غير المألوف كلها اعتبارات موضوعية تدخل من اختصاص السلطة التقديرية لقضاة الموضوع وليس للمحكمة العليا أية رقابة عليها .

الفرع الاول : العرف:

وهو أول ما أشارت إليه الفقرة 02 من المادة 691 من القانون المدني أي ما اعتاد الناس على تحمله من مضار وما لم يعتادوا عليه ، كأن يخرج المالك من منزله في وقت مبكر، أو يرجع إليه في وقت متأخر ، فيحدث حركة محسوسة بسيارته ، أو كأن تكثر في بيته مناسبات الأفراح والمآتم ، كل هذه الأضرار مألوفة لا يمكن تجنبها على الجيران أن يتحملوها .

كما يعتبر أيضا في العرف ظروف المكان، فما يعتبر ضررا مألوفا في الريف قد يعتبر ضررا غير مألوفا في المدن.

الفرع الثاني : طبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة للعقارات الأخرى :

ان الأخذ بهذا الاعتبار يجعل نفس الضرر مألوف في فرض وغير مألوف في فرض آخر، فما يعتبر ضرار مألوفا في حي سكني لا يعتبر كذلك في حي صناعي ، كما أن صاحب السفل يجب عليه بحكم موقع عقاره أن يتحمل من العلوّ ما لا يتحمله العلوّ من السفل .

الفرع الثالث : الغرض الذي خصصت له العقارات :

كما لوكان العقار المجاور لمصنع قد خصص كدار للعلاج أو الاستشفاء اذ أن هذا الغرض يجعل الضرر الذي يصيب العقار من دخان المصنع أو ضوضاءه أكبر مما يصيب غيره من العقارات المجاورة ، وينظر هنا الى مجموع العقارات لا الى كل عقار على حدا ، أي الطابع العام للحي بأكمله .

المطلب الثاني : أساس المسؤولية :

لا يقابل نص المادة 691 من القانون المدني الجزائري أي نص في القانون الفرنسي ، و من هنا وجب علينا القول أن مسؤولية مضار الجوار غير المألوفة ليس لها أي سند قانوني تقوم عليه في فرنسا ، بل أن هذه المسؤولية هي من عمل القضاء الفرنسي ، لذلك ثار جدال فقهي كبير في فرنسا بخصوص تحديد أساس المسؤولية ، و من هنا سندرس مختلف الآراء الفقهية لدى الفقه الفرنسي ثم بعد ذلك نعرج عن موقف المشرع الجزائري بخصوص أساس المسؤولية .

الفرع الأول : أساس المسؤولية لدى الفقه الفرنسي :

*** نظرية تحمل التبعة :**

أي أن مبادئ العدالة ترفض أن يتحمل الشخص الذي لم ينتفع بالشيء أضرارا ، فهذه النظرية تقوم على فكرة الغرم بالغنم ، فالمالك في استعماله حقه في الملكية يلحق أضرارا غير مألوفة بالجار ، و في هذه الأوضاع يفترض أن المالك لم يرتكب خطأ و لم يتعسف في استعمال حقه ، فيبق إذا إلا تحمله تبعة سلوكه هذا فهو المستفيد من الاستعمال ، و هو قد ألحق ضررا غير مألوف بالجار من جراء هذا السلوك ، فعليه الغرم كما كان عليه الغنم .

لكن الفقه الفرنسي قد رفض هذه النظرية ، لكون أن القانون الفرنسي يقيم المسؤولية على الخطأ ، سواء كان ثابتا أو مفترضا ، في حين أن المسؤولية التي تقوم على تحمل التبعة فلا بد من النص عليها في القانون , و بخصوص المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة فإن النص القانوني فيها منعدم[10] .

*** نظرية التعسف في استعمال الحق :**

من الفقهاء من أخذ بهذه النظرية كأساس للمسؤولية ، و يعتبرون أن المالك الذي يلحق ضررا غير مألوف بجاره يكون متعسفا في استعمال حق ملكيته . غير أن ما يعاب على هذه النظرية هو أن التعسف في استعمال الحق له صور لا ينبغي أن يتعداها و هي : تعمد الإضرار بالجار ، و رجحان مصلحة الجار رجحانا كبيرا مما يتضمن قصد الإضرار، و قصد المالك تحقيق مصلحة غير مشروعة ، و هذه الصور الثلاث لا تتحقق في حالة مضار الجوار غير المألوفة[11] .

*** نظرية الغلو في استعمال حق الملكية :**

و معنى ذلك أن المالك للعقار إذا استعمل حق ملكيته دون أن يغلو في استعماله ، و دون أن يحدث لجاره أضرارا غير مألوفة ، يكون هنا في وضعية سلوك الشخص الحريص لأنه يكون معتدلا و كل خروج عن ذلك يعد خطأ يستوجب التعويض .

غير أن هذا الاتجاه لا يصلح أن يطبق على كافة الأوضاع ، بالخصوص أنه سبق الإشارة إلى القول أن معيار الضرر الفاحش يمتاز في كونه معيار مرن و موضوعي ، ذلك أن مالك المصنع في تشغيله لآلات المصنع و حركة الشاحنات بالقرب من المصنع لا يوجد فيها أي خروج عن الاعتدال أو المغالاة في الاستعمال ، فهنا الخطأ غير ملحوظ و غير ملموس أو محسوس .

* **نظرية الالتزام القانوني** :

ذهب بعض الفقهاء في فرنسا إلى القول أن مسؤولية المالك تقوم على التزام قانوني و هو التزام الجوار ، فالقانون هو الذي يفرض على المالك ألا يلحق بجاره ضررا غي مألوف فبالتالي هناك التزام قانوني يقع على عاتق المالك اتجاه الجار ، و أي خرق لهذا الالتزام يشكل خطأ يؤدي إلى قيام المسؤولية ، و هو ما نصت عليه المواد 651 و 1370من القانون المدني الفرنسي غير أن النقاد لهذه النظرية اعتبروها غير مستندة على أي أساس قانوني ، لأن بحسبهم هذه المواد ذكرت فقط ما يسمى بالارتفاقات القانونية كما حاول البعض الاعتماد على الأسس التقليدية للمسؤولية كشبه عقد الجوار الذي نادى به الفقيه بوتييه أي وجود شبه تعاقد بين ملاك العقارات المتجاورة مضمونة الالتزام بعدم إلحاق أي ضرر جسيم بالجار الآخر [12] . غير أن النقاد اعتبروا أن شبه العقد لم يعد له أي مكانه ضمن نطاق مصادر الالتزام ، و أن الجوار يعد واقعة مادية لا وجود لفكرة التعاقد بها .

الفرع الثاني : موقف المشرع الجزائري من تكييف مسؤولية مضار الجوار الغير مألوفة :

ان مضمون نص المادة 691 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى يبدو صريحا وواضحا بأن المشرع قد حدد أساس مسؤولية المالك على فكرة التعسف ، هذه الفكرة التي تضمنتها المادة 124 مكرر من القانون المدني و التي تعتبر بأن التعسف هو خطأ تقصيري معياره الخروج عن سلوك الشخص العادي ، هذا الأخير في استعماله لعقاره عليه آلا يسرف في الاستعمال إلى درجة إحداث ضرر غير مألوف للجيران ، و من هنا يبدو واضحا بأن المشرع الجزائري قد أسس المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة على الخطأ التقصيري. يثور التساؤل حول ورود التعسف في موضوعين مختلفين و هما المواد 124مكرر و691 من القانون المدني ، غير أن الواقع يفرض ذلك بالنظر إلى ما تتطلبه المادة 124 مكرر من معايير للتعسف و بين المعيار الوارد في نص المادة 691 من القانون المدني ، فالنص الأول يدخل ضمن معيار الموازنة و المقارنة مابين الضرر الذي يقع للغير و المصلحة التي يحققها المالك ، في حين أن النص الثاني فهو يتطلب مصلحة جدية للمالك و ضرر غير مألوف يحدث بالجار[13] .

و يمكن لنا القول في الأخير أن معيار مضار الجوار غير المألوفة هو معيار خاص بحق الملكية العقارية الخاصة .

إذا من خلال هذه المعطيات لابد على القاضي في تقدير و تحديد مضار الجوار غير المألوفة الرجوع إلى الوقائع المادية المعروضة أمامه و يجتهد في تقدير إن كان الضرر فاحشا من عدمه حتى يتسنى له التحقق من توافر مسؤولية المالك في مضار الجوار غير المألوفة .

الخاتمة :

إن المعايير الواردة في نص المادة 124 مكرر من القانون المدني كان يتعين النص عليها على سبيل الحصر لا على سبيل المثال ، و ذلك لكي يتحقق الانسجام بخصوص فلسفة استعمال الحقوق التي تقوم على حرية الاستعمال كأصل ، و المسؤولية عن ذلك كاستثناء ، كما انه بإمكان المشرع إضافة معايير أخرى في مواقع محددة و تعتبر حينها معايير خاصة تخضع لها حقوق محددة ، و بالتالي يمكننا القول أن معيار مضار الجوار غير المألوفة يدخل ضمن المعايير الخاصة فقط بحق الملكية العقارية ، و الذي يؤدي كنتيجة لتطبيقه إلى تقييد استعمال الملكية العقارية الخاصة ، وهنا على القضاء العمل و الاجتهاد في تجسيد هذا القيد و إن كان فعلا قيد متعلق بالمصلحة الخاصة إلا أن هذا لا يعدو أن يكون سببا لإهماله أو إغفاله ، خصوصا أمام ازدياد تشعب العلاقات القائمة ما بين الجيران التي لابد أن تحكمها قاعدة : حسن الجوار التي تقتضي أولا و قبل كل شيء عدم الإضرار بالجار .

الهوامش:

1 - أستاذ مساعد أ – كلية الحقوق و العلوم السياسية – جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان .

[2] - إن الملكية العقارية الأصل فيها أن مالك العقار يملك جميع الحقوق المتفرعة عن حق الملكية : حق الانتفاع – حق الاستغلال – حق السكنى – حق الارتفاق .

[3] - - François Terre et Philippe Simler – Droit civil- les biens – 6 Emme Edition DALLOZ – 2002- Page 244 -

[4] - الدكتور رشيد شميشم – التعسف في استعمال الملكية العقارية – دراسة مقارنة بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية – دار الخلدونية- ص 126.

[5] - زهدي يكن – الملكية و الحقوق العينية الأصلية علما و عملا – الطبعة الثانية – منشورات المكتبة العصرية – صيدا – بيروت – لبنان- 1962- ص31 .

[6] - - Gérard Cornu – Droit civil – les biens -13eme Edition – MONTCHRESTIEN -2007-page 91.

[7] - مجلة المحكمة العليا – عدد خاص – الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية – الجزء الثالث – قسم الوثائق2010 – ص 345.

[8] - مجلة المحكمة العليا – عدد خاص – الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية – الجزء الثالث – قسم الوثائق2010 – ص 349.

[9] عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء و الأموال – المجلد الثامن – دار إحياء الثراث العربي -1967-ص 697 .

[10] لا يوجد في القانون المدني الفرنسي ما يقابل نص المادة 691 من القانون المدني الجزائري لذالك أنتقد الفقه محتوى هذه النظرية .

[11] عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – المرجع السابق – ص705 .

[12] عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – المرجع السابق – ص703 .

[13]- الدكتور رشيد شميشم – المرجع السابق – ص 160 و 161 .

أ.منى مقلاتي

التعسف في استعمال الملكية العقارية الخاصة

جامعة قالمة

مقدمة

أقر القانون الحق الفردي، وكفل له حماية خاصة، ووضع له حدودا معينة، حيث يترتب على الخروج عن هذه الحدود، قيام المسؤولية، فالفرد قد يحدث ضررا بالغير أثناء خروجه عن حدود حقه، كما قد يحدث ضررا بدون الخروج عن تلك الحدود، ولهذا فلابد من منع الإضرار بالغير، سواء كان هذا الضرار نتيجة تخطي الحدود الموضوعية للحق، أم بدون تخطي هذه الحدود، ولابد من إيجاد أساس يقوم عليه الحكم بالتعويض لصالح المضرور، مهما كان نوع الفعل الذي أدى إلى هذا الضرر.

إن هذا التوجه هو ما عمل على إيجاده كل من فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، وعلى هذا الأساس أسس الفقه الإسلامي نظرية التعسف في استعمال الملكية العقارية الخاصة، والتي أطلق عليها نظرية المضارة، حيث ينطلق هذا الفقه في تصوره لحقيقة هذا التعسف، حيث قيده من حيث وسائل استعماله أو ما يقصد به من مصالح، بالنسبة لصاحبه أو بالنسبة للغير، فردا كان أو جماعة بقيود، مؤداها المحافظة على مقصود الشرع، والمحافظة على حق العير، لأن الحق في الفقه الإسلامي يأخذ صفة مزدوجة فردية واجتماعية، وازن الشرع بينهما بضوابط هي جوهر العدالة، حيث أقر عند التعارض واستحالة التوفيق بينهما، تقديم المصلحة العامة، مع التعويض العادل للفرد، وكل هذا سدا وقطعا لأي وسيلة قد تؤدي إلى إلحاق الضرر أو مضرة بالغير، لذا فإن أي مصلحة – ولو كانت مشروعة في الأصل- إذا عارضت مصلحة أخرى، أصبحت غير معتبرة شرعا، وذلك إفضائها إلى مفسدة أو مضرة، وهو جوهر فكرة التعسف في استعمال الحق، من خلال العمل على تحقيق المصلحة الخاصة دون النظر إلى ما سيؤول عنه من مضرة، مادام العمل مشروعا موصوفا بكونه حقا، ولو تناقض في مقصوده ومآله مع روح الشريعة ومقصدها.

بخلاف الشريعة الإسلامية ، لم تظهر هذه النظرية في القانون الوضعي إلا في أواخر القرن 19م ، وكانت قبل هذا العهد مجرد فكرة تداولتها أحكام المحاكم وأراء الفقهاء، وعلى اعتبار أن حق الملكية العقارية الخاصة يعتبر من أهم الحقوق الفردية، خاصة بالنسبة للسلطات التي يمنحها للمالك، والتي قد تجعل منه وسيلة للإصرار بالغير، باعتبار لأن الصرر هنا يحدث في علاقات الجوار، مما يجعله أكثر حدة، بل قد يؤدي استمراره إلى ترحيل الجيران، ولن يتعدى المالك في ذلك حدود ملكيته، وحالة كهذه تؤدي إلى المشاحنة بين الجيران، وتفتح الباب أمام النزاع.

بناء على ما سبق ذكره، تثار المشكلة البحثية حول مدى تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق في مجال الملكية العقارية الخاصة، ويمكن صياغة الإشكالية على النحو التالي:

كيف يمكن لنظرية التعسف في استعمال الحق لأن تقيم التوازن بين مصلحة المالك ومصالح الغير، في مجال استغلال الملكية العقارية الخاصة؟ وكيف يمكن التوفيق بين مصالح الجيران المتضاربة؟

ستحاول هذه الورقة البحثية معالجة هذه المسألة وفق الخطة التالية

المبحث الأول:الأحكام الموضوعية للتعسف في استعمال الملكية العقارية الخاصة

المطلب الأول:مفهوم التعسف

المطلب الثاني:الطبيعة القانونية للتعسف

المبحث الثاني:الأحكام الإجرائية للتعسف

المطلب الأول:معايير التعسف

المطلب الثاني :إثبات التعسف وجزاؤه

المبحث الأول:الأحكام الموضوعية للتعسف في استعمال الملكية العقارية الخاصة

يعد حق الملكية حق مطلق يخول لصاحبه جميع السلطات الممكنة على ما يملك ومنها سلطة الاستعمال ولا يحد من هذه الحرية إلا وجوب عدم إلحاق الضرر بالغير، وأن يكون التصرف ضمن حدود حسن النية، واستعمال الملكية للغاية التي وجدت من أجلها، غير أن هذه السلطة ليست مطلقة بل ترد عليها قيود خاصة على المالك، حتى لا يغل في استعمال حقه[1].

المطلب الأول:مفهوم التعسف في استعمال الحق

لا يكفي لمشروعية الفعل المرتكب استعمالا للحق، أن يكون صاحبه قد التزم بالحدود الموضوعية المنصوص عليها قانونا، وإنما يلزم أن تكون ممارسته للحق، قد روعي فيها الجانب المتمثل في تحقيق المصالح التي تقرر الحق من أجلها، فإذا اتفقت النية السليمة، كنا في نطاق التعسف في استعمال الحق.[2]

كلمة التعسف مأخوذة من الفعل : عسف، حيث أن العسف هو السير على غير هدى، وركوب الأمر من غير تدبير، وركوب المفازة بغير قصد، ويقال عسف فلان فلانا: إذا ظلمه، ورجل عسوف إذا كان ظلوما ولم يقصد الحق، وأعسف :

إذا أخذ غلامه بأمر شديد، والعسيف هو الأجير و العبد المستهان به، ومنه أيضا عسف الولاة وإسراعهم إلى الظلم.[3]

يستخلص من هذه التعاريف أن التعسف من الناحية اللغوية، يعني أمرين :

- إما التخبط وإما الظلم، وكلاهما يحمل معنى الإساءة والإضرار، وهذا جوهر التعسف عند أهل الاصطلاح.

وضع الفقهاء المعاصرون لهذا الاصطلاح تعاريف متعددة، فلقد عرفه الدكتور مصطفى الرباعي:

"..اساءة استعمال الحق، بحيث يؤدي إلى ضرر بالغير"[4]

في حين عرفه عبد الواحد كرم بأنه:

"استعمال شخص لحق له، ينشأ عنه ضرر للغير"[5]

عرفه الشيخ محمد أبو زهرة بأنه:

استعمال الحق بشكل يؤدي إلى الأضرار بالغير، إما لتجاوز حق الاستعمال المباح عادة، أو لترتب ضرر بالغير أكبر من منفعة صاحب الحق"[6]

عرفه فتحي الدريني على أنه:

" مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل".[7]

إن معنى ذلك أن يمارس الشخص فعلا مشروعا بالأصل، بمقتضى حق شرعي ثبت له، على وجه يلحق بغيره الإضرار، أو يخالف حكمة المشروعية.

نلاحظ من خلال هذه التعاريف أن هناك خلافا في معنى التعسف، وهذا في مسألة تجاوز الحق، بين من يدخل في التعريف تجاوز حق الاستعمال المباح، وبين من يرى أن التعسف في معناه محصور في ممارسة الحق المشروع على وجه يلحق الضرر بالغير، أو يناقض قصد الشارع في التصرف المأذون فيه، وعليه فإن مجاوزة الحد في التصرف، تعد خروجا عن ما هو مأذون فيه، فلا تدخل في معنى التعسف.

لقد ضرب لنا فتحي الدريني مثلا للتفريق بين التعسف والمجاوزة، فلو أوصى أحد بأكثر من الثلث، فإنه يعد مجاوزا حدود حقه الذي منحه إياه الشرع- التصرف في حدود الثلث- ففعله غير مشروع في الأصل، لأنه لا يستند إلى حق، فهو إذا متعد لا متعسف، أما إذا أوصى بالثلث أو ما دونه، وقصد بذلك مضرة الورثة مثلا ،وقامت الأدلة والقرائن على هذا القصد، عد متعسفا، لأن أصل الفعل مشروع، لكنه استعمله لا بقصد تحقيق المصلحة من تشريعه، وإنما للإضرار بالورثة.[8]

إن مشكلة التعسف في استعمال الملكية العقارية الخاصة تقوم، إذا كان صاحب الحق مع إلتزامه بحدود وشروط حقه قد أضر بالغير، سواء عن قصد أو غير قصد، فالشخص الذي يملك قطعة أرض فضاء، ويبني عليها حائطا، يمارس حق الملكية الذي يعترف به القانون ويحميه، ولكن إذا نشأ عن ذلك حجب الضوء أو الهواء عن منزل جاره مثلا، يستطيع ذلك الجار أن يطالب بوقف هذا البناء، أو بتعويض عن ما أصابه من ضرر، نتيجة لسوء استعمال المالك لحقه، سواء بقصد، أو حتى وإن كان بغير قصد للإساءة.[9]

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتعسف في استعمال الحق

ثار جدل فقهي حول الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية الناجمة عن التعسف في استعمال الحق،أو التكييف الفقهي للتعسف، حيث كان الخلاف على اتجاهين رئيسين، الأول يرى أن التعسف يختلف عن الخطأ، والثاني يرى أن التعسف هو تطبيق من تطبيقات المسؤولية التقصيرية.

الفرع الأول: نظرية الحق مستقلة عن نظرية العمل غير المشروع

هذا الجانب من الفقه يجعل لنظرية التعسف كيانا مستقلا، بحيث لا تستند للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية، وهو الرأي الذي أخذ به المشرع الجزائري قبل تعديل القانون المدني سنة 2005، وذلك من خلال نص المادة41 التي تم إلغاؤها واستبدالها بنص المادة 124 مكرر، ودافع الأستاذ علي علي سليمان عن هذا الرأي، مسندا إلى الحجج التالية:[10]

- فصل المشرع نص التعسف عن نصوص المسؤولية التقصيرية، ولو كان التعسف صورة من صور هذه المسؤولية، لورد النص عليه إلى جانب نصوص المسؤولية التقصيرية.
- بالنظر إلى المصدر التاريخي لنظرية التعسف، نجد أن قوانين الدول العربية استمدت نظرية التعسف من الفقه الإسلامي، الذي لا يقيمها على الخطأ، بل ينظر إليها نظرة موضوعية تعتمد على ركن الضرر.
- إن الغالب في الجزاء عن التعسف هو التعويض العيني، بينما يغلب الجزاء النقدي في المسؤولية التقصيرية.

الفرع الثاني: التعسف تطبيق من تطبيقات المسؤولية التقصيرية

اتفق جانب كبير من الفقه على أن التعسف تطبيق من تطبيقات المسؤولية التقصيرية، إلا أنهم اختلفوا في تأصيل التعسف، فمنهم من يعتبر التعسف تجاوزا لحدود الحق، وهم المنكرون لنظرية التعسف، ومنهم من يرى أن التعسف خطأ من نوع خاص، ومنهم من يعتبر أن التعسف انحرافا عن سلوك الشخص العادي، أي أنه خطأ .

أولا : التعسف تجاوز لحدود الحق الموضوعية.

نادى بهذا الرأي الفقهاء المنكرون لنظرية التعسف في استعمال الحق، ومن بينهم بلانيول.........، حيث يقول أن : "الحق ينتهي حينما يبدأ التعسف"[11] .

لقد انتقد هذا الرأي نظرا لما يشوبه من خلط بين مفهومين مختلفين، وهما المجاوزة والتعسف، فالفرق بينهما ظاهر في كون التعسف في الحق معيب في غرضه أو نتيجته، والخروج عن الحق معيب في ذاته وأصله، وذلك بكونه غير مشروع.[12]

ثانيا: التعسف خطأ من نوع خاص

نادى جانب من الفقه – مثلما ذهب جوسران... ...- بأن التعسف هو خطأ من نوع خاص، يتمثل في الانحراف بالحق عن غايته الاجتماعية، فاستعمال الحق لا يكون مشروعا إلا إذا كان متفقا مع غاية الحق وروحه، وهو ما يخرج التعسف من مدلول الخطأ العادي، ويثير مشكلة ضمير جماعي، لا مشكلة ضمير فردي كما في الخطأ التقليدي.[13]

ثالثا: التعسف صورة من صور الخطأ

يعتبر هذا الجانب من الفقه التعسف خطأ بدون الخروج عن الحدود الموضوعية للحق، ويرى أن الخطأ أصبحت له صورتان:

01- صورة تقليدية تتمثل في الإخلال بحق الغير، وذلك بالخروج عن حدود الرخصة التي أباحها له القانون أو الخروج عن حدود الحق، وهذا هو الخطأ بالمفهوم التقليدي، وبموجب هذه الصورة من الخطأ لا يسأل صاحب الحق إذا لم يخرج عن حدود حقه، لذا فهذه الصورة لا تستوعب فكرة التعسف.

02- صورة حديثة تتمثل في الإخلال بحق الغير أثناء استعمال صاحب الحق لحقه، ملتزما حدود هذا الحق.

إن المعيار في كلا الصورتين هو التقصير من عناية الشخص العادي، وفي الصورة الثانية فإن وجه التقصير هو أن صاحب الحق أثناء استعمال حقه لم يبذل عناية الشخص العادي في منع الإضرار بالغير، ولهذا اعتبر استعمال الحق خطأ تقصيريا.[14]

المبحث الثاني : الأحكام الإجرائية للتعسف في استعمال الحق

إذا كان الهدف من الحق هو تحقيق مصلحة صاحب الحق، فلن يتحقق ذلك إلا باستعمال هذه الأداة، فالقانون عندما يمنح حقا، فهو يوفق بين المصالح الخاصة بعضها ببعض من جهة، وبين المصالح الخاصة والمصلحة العامة من جهة أخرى، فالقانون يحمي المصلحة الخاصة التي تؤدي فائدة للمصلحة العامة.[15]

لقد اختلفت التشريعات في معايير التعسف، فبينما أخذت بعض التشريعات بالمعيار الشخصي، أخذت تشريعات أخرى بالمعيارين الشخصي والموضوعي، لذا سنحاول في هذا المبحث معالجة وتحديد هذه المعايير، حسب ما سار إليه المشرع الجزائري، ونحدد طرق إثبات التعسف وجزاءه، وذلك من خلال مطلبين كما يلي:

المطلب الأول: معايير التعسف في استعمال الملكية العقارية الخاصة

لقد كان يتم – قبل تعديل القانون المدني الجزائري سنة 2005– ترجيح فرضية أخذ المشرع بنظرية التعسف في استعمال الحق كنظرية مستقلة عن نظام المسؤولية التقصيرية، وما يؤيد ذلك هو عدم النص على النظرية ضمن نصوص المسؤولية التقصيرية، وما يؤيد ذلك هو عدم النص على النظرية ضمن نصوص المسؤولية التقصيرية، ولكن المشرع سنة 2005 ألغى نص المادة 41، ونقله إلى نص المادة 124 مكرر، فلم يترك لنا مجالا للشك بأن التعسف أصبح تطبيقا من تطبيقات العمل غير المشروع، خاصة وأن المشرع ذكر ذلك صراحة في النص الجديد، ورغم أن التعديل كان جوهريا، إلا أنه بقي محافظا على المعايير نفسها التي نصت عليها المادة 41، فالتعديل شمل مسألة التكييف القانوني للفعل التعسفي ولم يشمل معاييره.

لقد نصت المادة 124 مكرر على أنه يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات التالية:

– إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

–إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

–إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

إن هذه المعايير منها ما هو شخصي ومنا ما هو موضوعي [16]، وسنحاول تناولها بشيء من التحليل والتأصيل من خلال ثلاثة فروع، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: استعمال الحق بنية الإضرار بالغير معيار شخصي

يعتبر هذا المعيار من أقدم معايير التعسف وأكثرها شيوعا، وذلك لأنه كثيرا ما يحدث أن يسخر شخص حقه لمجرد تحقيق مآرب شخصية للنكاية بغيره والإضرار به [17]، وهذا المعيار هو معيار شخصي عبر عنه المشرع الجزائري في الفقرة 01 من المادة سالفة الذكر:

" إذا وقع بقصد الإضرار بالغير"، وعليه يعد تعسفا من يستعمل حقه بقصد الإضرار بالغير، ولو صاحب هذا القصد نفع له، إذا كان قصد الإضرار هو القصد الرئيسي.[18]

إن المثال كمن يشيد جدارا مرتفعا على أرضه بقصد حجب ضوء الشمس عن جاره، فهو يعتبر متعسفا في استعمال حقه، وذلك حتى ولو على بعض المنافع من عمله هذا، لأن الدافع الذي دفعه إلى ذلك مجرد الإضرار بالغير.[19]

إن الحال نفسه بالنسبة للمالك الذي يحدث ضجة وصخبا شديدين عند ممارسة جاره الصيد، لإشاعة الذعر في الحيوانات وتنفيرها، وكذلك المالك الذي يقيم مدخنة على ارتفاع عال لا يبتغ من وراء ذلك أي منفعة شخصية له، وإنما مدفوعا بما يتسلط عليه من رغبة شريرة في الإضرار بجاره، بحجب الضوء عن بنائه، والمالك الذي يقيم سياجا عاليا يطليه باللون الأسود، لا لشيء سوى إظلام بناء جاره دون أي منفعة حقيقية تعود عليه من ذلك.[20]

إن انعدام المصلحة في تصرف المالك في ملكه يعتبر قرينته على توافر قصد الإضرار بالغير، ومع ذلك ينبغي لقيام مسؤولية صاحب الحق أن يثبت المتضرر أن صاحب الحق قد استعمل حقه بنية الإضرار بالغير، وهذه النية يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات، ويمكن الاستدلال عليها من انعدام مصلحة صاحب الحق أو تفاهة المصلحة التي يحققها له الاستعمال[21].

الفرع الثاني :انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يلحق بالغير معيارا موضوعيا

لا يكفي ان تكون لصاحب الحق مصلحة في استعمال حقه حتى تنتفي عنه شبهة التعسف ،فمن اليسير الادعاء بوجود مصاحبة ما، وأن القصد من استعمال الحق كان تحقيق هده المصلحة ،ولكن ينبغي أن تكون مصلحة ذات قيمة تبرر ما قد يصيب الغير من ضرر جراء هذا الاستعمال ،أما إذا كانت المصلحة تافهة بالقياس الى الضرر الذي يعود على الغير ،بحيث لا يوجد بينهما تناسب إطلاقا، فذلك دليل على الانحراف في استعمال الحق عن غرضه أو غايته، وواضح أن هذا المعيار موضوعي لا شخصي كالمعيار السابق قوامه التفاوت الشاسع بين الضرر اللاحق والمنفعة العائدة على صاحب الحق ،وهو أمر تقدره المحاكم حسب الظروف والملابسات الخاصة بكل حالة [22]، والواقع أن وجود مثل هذا التفاوت الجسيم بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يلحق بالغير هو قرينة على قصد الإضرار بالغير[23]

وقد أورد المشرع الجزائري تطبيقات عديدة لهذا المعيار نذكر منها ما يلي :

أولا :هدم الحائط الفاصل :

نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 708 ق م ج والتي جاء فيها "غير انه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختار دون عذر قانوني[24]،إذا كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط"

وإن العذر القوي- القانوني- كما ورد في المادة يبين المصلحة الجدية التي يرمي مالك الحائط إلى تحقيقها، ومصلحته هنا تقدم، لأنه يتصرف في ملكه، أما إذا لم يستند في ذلك إلى عذر قوي فيعد متعسفا وترجح مصلحة الجار.[25]

إن الحائط الفاصل مادام مملوكا ملكية خاصة لأحد الجارين، لا ملكية مشتركة بينهما، فالأصل أن لمالكه عليه كل سلطات الملكية، بما فيها التصرف المادي فيه بالهدم، غير أنه لما كان بناء الجار مستترا بهذا الحائط، فيجب حتى يعتبر الهدم مشروعا، أن يوجد تناسب بين المنفعة التي تعود على مالك الحائط من وراء هدمه، وبين الضرر الذي يلحق الجار نتيجة ذلك، نظرا لاستتار بنائه بالحائط، ومثل هذا التناسب يقوم إذا وجد لدى المالك باعث قوي يبرر الهدم من استهداف منفعة كبيرة تتوازى على الأقل مع الصرر العائد على الجار، أما إذا لم يوجد باعث على الهدم، أو وجد باعث، ولكنه ليس قويا- بحيث يبرره- فيعتبر ذلك قرينة على الانحراف في استعمال حق الملكية بابتغاء مصلحة ضئيلة تافهة، لا تستأهل حماية القانون أمام ما يصيب الغير في مقابلها من أضرار جسيمة فادحة.[26]

ثانيا : الالتصاق بالعقار

وردت في الأحكام المتعلقة في الالتصاق بالعقار حالات عديدة، استعمل فيها المشرع معيار الموازنة بين الضرر والمصلحة، وهمن بين هذه الحالات:

– ما نصت عليه الفقرة 01 من المادة 685 من القانون المدني الجزائري، والتي قضت بأنه إذا كان من أقام المنشآت[27] المشار إليها في المادة 784، يعتقد بحسن النية أن له الحق في إقامتها، فليس لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة، وإنما يخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل، أو مبلغا يساوي ما زاد في قيمة الأرض بسبب هذه المنشآت، هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها، فإذا طلب مالك الأرض نزع المنشآت، يكون متعسفا، وجزاء تعسفه أنه لا يجاب في طلبه، بل يتملك المنشآت معاوضة، وذلك لأن الضرر الذي يصيب صاحب المنشآت أكبر من المصلحة التي يحققها.[28]

يمكن أن يعتبر من تطبيقات هذا المعيار كذلك، المالك الذي يقيم مدخنة في مكان معين من بنائه بحيث تضر بالجار، وكان يمكنه دون ضرر أو فوات منفعة عليه، تجنيب ملك الجار هذا الضرر بإقامتها في مكان آخر من البناء، والمالك الذي يقيم على حدود ملكه بقصد منع الغبار، وتطلع الجيران حائطا يبنيه بالطريقة العادية، وذلك بما يؤدي إلى حجب الضوء كلية عن الواجهة المقابلة لملك جاره، في حين أنه كان بإمكانه بناؤه بطريقة أقل ضررا بالجار، دون تفويت ما يقصده من غرض يجعل أجزاء الحائط المقابل لمطلات ملك الجار من زجاج غير شفاف، يسمح بتسرب الضوء[29].

الفرع الثالث: عدم مشروعية المصلحة التي يرمي صاحب الحق لتحقيقها

يعتبر صاحب الحق متعسفا في استعماله لحقه، إذا كانت المصلحة التي يرمي إلى تحقيقه غير مشروعة، فمثلا إذا أعد المالك منزله ليكون محلا لتعاطي القمار أو الاتجار بالمخدرات، فيعتبر متعسفا في استعمال ملكه، لأن المصلحة التي قصد تحقيقها من وراء هذا الاستعمال مصلحة غير مشروعة [30]، ذلك أن الحقوق لا قيمة لها بنظر القانون، إلا بمقدار ما تحققه من مصالح مشروعة، فالانحراف عن ذلك واستعمال الحقوق في سبيل تحقيق منافع غير مشروعة، يجردها من قيمتها، وهذا المعيار يجمع بين المعيار الشخصي والمعيار الموضوعي، فيأخذ صفات المعيار الشخصي لأن تحقيق مصالح غير مشروعة يكون بناء على دافع غير مشروع، ويأخذ صفات المعيار الموضوعي لأنه ينظر فيه إلى مآل الفعل، وما إن كان يؤدي إلى مصلحة غير مشروعة. ومن تطبيقات هذا المعيار قضية كليمان بايار الذي اقام مبان في ارصه المجاورة للمطار ،ووضع فوقها أعمدة سوداء مدببة بأسلاك شائكة لمضايقة الطائرات في إقلاعها وهبوطها ،ولإجبار شركة الطيران على شراء أرضه ،فأدانه القضاء الفرنسي سنة1915 بالتعسف تحت ستار فكرة الخطأ.[31]

إذا نظرنا إلى هذه القضية فإننا لا نستطيع إخضاع الفعل للمعيار الأول **نية الإضرار** لان الفعل قد صاحبه قصد تحقيق مصلحة كما لا نستطيع تطبيق المعيار الثاني **رجحان الضرر عن المصلحة** لان المصلحة التي

عدم مشروعية المصلحة ، يتطلبها هذا المعيار هي المصلحة المشروعة، فلم يبقى لنا سوى المعيار الثالث والفعل هنا لا يعد خروجا عن حدود الحق لان المالك لم يستعمل سوى حقه المتمثل حق البناء على أرضه ،والقانون لا يمنعه من البناء اذن فهو لم يخطئ، فماذا نسمي هذا الفعل سوى بأنه تعسف ؟

هذه هي المعايير الثلاثة التي أوردها المشرع الجزائري في المادة 124مكرر من ق م ج، فهل وردت على سبيل المثال ام الحصر ؟[32] في النص القديم م 41 هناك من رأى أن حالات التعسف وردت على سبيل الحصر، وهناك من رأى أنها وردت على سبيل المثال [33]، أما النص الجديد المادة 124 مكرر فلا شك انها وردت على سبيل المثال والدليل على ذلك عبارة **لاسيما** التي تضمنتها المادة، فالمشرع من خلال هذه العبارة أراد ان يقول :إن كل استعمال تعسفي للحق يشكل خطا تقصيريا خاصة إذا اتخذ إحدى الصور التالية ...فالصور التي ذكرها المشرع هي الحالات الأكثر شيوعا في التطبيقات القضائية يستدل بها القاضي للحكم في الحالات المستجدة التي لم يذكرها المشرع

ونحن من جانبنا نرى أن المشرع لم يوفق في استعماله عبارة لاسيما التي جعلت حالات التعسف مجرد أمثلة ومنحت للقاضي إمكانية إضافة حالات أخرى، لان الأصل في استعمال الحق هو المشروعية فلا يسال من استعمل حقه كقاعدة عامة، هذه القاعدة التي اغفل المشرع النص عليها واهتم فقط بالاستثناء المتمثل في المسؤولية عن استعمال الحق إذا شكل تعسفا، وطالما اعتبرنا المسؤولية عن استعمال الحق مجرد استثناء كان من اللازم حصره في حالات محددة لا يمكن التوسع فيها ولا إضافة حالات جديدة عن طريق القياس ،والقول بعكس ذلك يؤدي الى تهديد الحقوق الفردية فصلا عن ذلك نلاحظ ان هذا النص يتضمن مصادرة على المطلوب حينما يقول :يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطا لاسيما في الحالات الاتية ...ثم يذكر حالات التعسف، فالمطلوب من خلال النص ان يجيب المشرع عن السؤال التالي : ما هو التعسف؟الا انه اجاب عن سؤال اخر هو : ما هو تكييف التعسف ؟ يقول المشرع ان التعسف يعتبر خطا، وللاجابة عن السؤال الالاول يجد القاضي نفسه مجبرا على التقيد باالحالات التي عددتها المادة بدون القدرة على اضافة اي حالة جديدة لانها وحدها التي اجابت عن السؤا ل، فالمشرع اعتبر الحالات الواردة في النص مجرد امثلة وفي نفس الوقت لم يعط اية امكانية للقاضي لاستنباط حالات جديدة لانه لم يحدد مفهوم التعسف، فكان المشرع من هذه الزاوية يعتبر ان الحالات الواردة في المادة مذكورة على سبيل الحصر لا المثال.

المطلب الثاني :اثبات التعسف وجزاؤه

يقع عبئ الاثبات على المدعى طبقا للقاعدة التي تقضي بان **البينة على من ادعى**، ذلك لان الاصل في استعمال الحقوق هو المشروعية، وعلى من يدعي عدم مشروعية الاستعمال اثبات ما يدعيه، ويختلف الاثبات باختلاف الصورة التي اتخذها صاحب الحق في تعسفه، فاذا ادعى شخص ان اعمال الحفر التي يقوم بها جاره في عقار هذا الاخير تعود عليه بصرر كبير يفوق ما يجنيه جاره من مصلحة، وجب عليه اثبات

مقدار الضرر الذي لحقه، ومقدار المصلحة التي تعود على المالك كي يتسنى للقاضي ان يوازن بينهما، اما اذا ادعى ان اعمال الحفر التي يقوم بها المالك في ملكه انما هي بقصد الاضرار به فان الاثبات لا يكون سهلا لان قصد الاضرار هو من البواعث النفسية التي يصعب الوصول اليها، ولهذا فان القضاء يعتمد على قرائن للوصول الى النية، وهي قرينة انتفاء المصلحة في استعمال الحق، وقرينة تخير اكثر الطرق اضرارا بالغير في استعمال الحق، هذا واذا اقام المدعي الأدلة على وجود التعسف، يكون للقاصي سلطة تقديرية في اعتبار الفعل تعسف او انه غير ذلك

الفرع الثاني : جزاء التعسف

ياخذ جزاء التعسف صور ثلاث فقد يكون وقائيا وقد يكون ماليا وقد يكون عينيا :

اولا :الجزاء الوقائي :

يعتبر هذا الجزاء من خصوصيات نظرية التعسف ،ويتخذ صورة منع الصرر ابتداءا عن طريق منع صاحب الحق من ان يستعمل حقه على نحو تعسفي متى كان الصرر متوقعا او محتملا احتمالا راجحا ،ومن صور الجزاء الوقائي :الالتصاق بالعقار : قضت معظم التشريعات انه إذا تعدى مالك الارص وهو يقيم عليها بنائه بحسن نية الى جزء ضئيل من ارض جاره، وأصر الجار على طلب هدم البناء الذي يشغل هذا الجزء، فعلى المحكمة إلا تستجيب لطلبه توقيا للضرر الذي ينجم عن الهدم وتكتفي بالحكم على صاحب الأرض بالتعويض

ثانيا الجزاء المالي :

الاصل في الجزاء عن التعسف هو الحكم على المتعسف بمبلغ من المال ن يدفعه الى المضرور جبرا للضرر، ومقدار التعويض يخضع للسلطة التقديرية للقاضي استنادا الى حجم الضرر

ثالثا : الجزاء العيني

يكون الحكم بالتعويض العيني كلما كان ذلك ممكنا، كالحكم بتحويل موضع المدخنة التي تزعج الجار، او الحكم بهدم الحائط الذي حجب الضوء والهواء عن الجار، او الحكم بإعادة بناء الجدار الذي هدم دون عذر قوي ،ويجوز للمحكمة الحكم بالتعويض العيني مع التعويض بمقابل أي التعويض النقدي ن كالحكم على المالك بهدم المدخنة التي أقامها لمضايقة الجار تلافيا للضرر الذي سيلحقه، والحكم بالتعويض النقدي عن ما أصابه من ضرر ن وهذه الصورة من الجزاء هي الغالبة في التعسف في استعمال حق الملكية العقارية

خاتمة

يمكن ان نصل في نهاية هذه الورقة البحثية إلى ما يلي :

1-ان الحقوق شرعت لتحقيق غايات مشروعة، بحيث لا يسوغ لصا حب الحق ان يستعمله في تحقيق أغراض تتنافى مع تلك الغايات

02-القاعدة العامة ان من ملك شيئا ملك سلطاته الثلاثة الاستعمال –الاستغلال –التصرف، ولكن لهذا الاستعمال ضوابط ومعايير يجب مراعاتها ومن ضمن هذه الضوابط ان يكون استعمال الحق استعمالا مشروعا، فاذا كان القصد من هذا الاستعمال التعدي، او كانت المصلحة غير مشروعة ن ا وان المنفعة لا تتناسب مع ما يصيب الغير من صرر ن في كل هذه الحالات كان الاستعمال غير مشروع، ويجب منعه

03-أصبح استعمال الحق محدودا بالغرض الاجتماعي المرجو من وراء تقريره اي محدودا بمصلحة الجماعة، ومن استعمل حقه بضفة تتنافى مع هذا الغرض اعتبر متعسفا في استعمال حقه، وهذا ما يدفعنا للقول ان نظرية التعسف في استعمال الحق مرتبطة أساسا بغاية الحق .

04-نظرية التعسف أتت لتدفع الضرر قبل وقوعه ن او لترفعه بعد وقوعه .

الهوامش

1- مصطفى العوجي، القانون المدني : المسؤولية المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء الثاني، بيروت، 2008. ص:328.

2- نزيه نعيم شلالا، دعاوى التعسف وإساءة استعمال الحق : دراسة مقارنة من خلال الفقه والاجتهاد والنصوص القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص09.

3 - ابن منظور، لسان العرب، بيروت، دار إحياء التراث العربي، د.س.ط، ص312.

4 - مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دمشق، منشورات جامعة دمشق، 1996، ص 272.

5 - كرم عبد الواحد، معجم مصطلحات الشريعة والقانون، بيروت، مكتبة النهضة وعالم الكتب،1998، ص 142.

6- أبو زهرة محمد، التعسف في استعمال الحق، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1963. ص 91.

7- فتحي الدريني، النظريات الفقهية، دمشق، ط04، منشورات جامعة دمشق، 1997.ص 131.

8 - المرجع السابق، ص 130.

9 - فريدة زوواي، **النظرية العامة للحق**، ج02، الجزائر' ديوان المطبوعات الجامعية، 2000. ص 272.

10 - رشيد شميشم، التعسف في استعمال الملكية العقارية، الجزائر، دار الخلدونية، 2010، ص ص 35،54.

11- المرجع السابق، ص55.

12 - حسن كيرة، المدخل إلى علم القانون، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1989، ص 758.

13 - رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني : النظرية العامة للحق، بيروت، الدار الجامعية، 1992، ص 647.

14-عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري**، د.س.ط،، دار إحياء التراث العربي، ص .329

15- محمد حسنين، **الوجيز في نظرية الحق بوجه عام**، ....، ص: 303.

16- رشيد شميشم، مرجع سابق، ص ص127، 128.

17- عبد الجواد السرميني، **الحقوق العينية الأصلية**، منشورات جامعة حلب، دمشق،1968.ص:325.

18- رشيد شميشم، مرجع سابق، ص:127.

19- سعيد عبد الكريم مبارك، موجز أحكام القانون المدني الأردني : الحقوق العينية الأصلية، 1996، ص :26.

20- محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته، عمان، مكتبة دار الثقافة، الأردن، 1993. ص:69.

21- سعيد عبد الكريم مرجع سابق، ص:26.

22-حسن كيرة، الحقوق العينية الأصلية: أحكامها ومصادرها ،منشاة المعارف، الإسكندرية، ط1995،4،ص:141.و

23- عبد الجواد السرميني، المرجع السابق ،ص:387.

24-إن الأصح هو كلمة قوي، كما ورد في النص الفرنسي بدلا من كلمة قانوني..

25-أنظر: القانون المدني الجزائري المعدل بالأمر........

26- حسن كيرة مرجع سابق، ص ص 141،142.

27- هي منشآت يقيمها شخص في أرض غيره معتقدا بحسن نية أن له الحق في إقامته، والمادة 784 قد أشارت إلى حالة سوء النية في إقامة هذه المنشآت.

28- رشيد شميشم، مرجع سابق، ص 129.

29- إدوارد عيد، الحقوق العينية الأصلية، ج01، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 1979، ص 209.

30- غني حسون طه، حق الملكية، مطبوعات جامعة الكويت،1977.ص 80.

31- احمد الصويعي شليبك، التعسف في استعمال الحق بقصد الاضرار بالغير او لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون ،مجلة الشريعة والقانون، العدد الثامن والثلاثون، افريل 2009، ص58.

32- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ،1992،ص:223.

33-بلحاج العربي ،مفهوم التعسف في استعمال الحق .في القانون المدني الجزائري، مجلة الشرطة العدد44 1990،ص16.

جامعة بشار

La restriction de l'abus de l'utilisation de la propriété immobilière privée n'est pas nouvelle. Elle appartient à la théorie judiciaire ancienne. Cette théorie s'appelle l'abus de l'utilisation du droit. Il faut noter qu'en dépit de la convergence concernant la source de ce concept, l'origine remonte aux romains et à l'islam. Ceci a obligé le législateur du droit civil algérien à intervenir sous la loi 10-05 du 20/06/2005 et à confirmer explicitement que l'abus de l'utilisation du droit est l'une des principales erreurs de la limitation et l'a par conséquent inclus dans la section concernant la responsabilité des actes individuels conformément à l'article 124.

Partant du rapport de principe de la fonction sociale de la propriété immobilière privée, et de la propriété immobilière agricole en particulier, le législateur immobilier a obligé les propriétaires des biens privés à exploiter leurs biens immobiliers agricoles et ne pas les laisser incultes. La non exploitation de ce bien constitue un abus de l'utilisation du droit et cela conformément à l'article 48 de la loi 25-90 du 18/11/1990 et cela chaque fois que la terre agricole n'est pas exploitée durant deux saisons consécutive au minimum selon l'article 49 du code mentionné ci-dessus. De ce fait, le législateur a pris des mesures sévères contre celui qui utilise cet abus. Le principe doit aller vers le slogan : « la terre est à celui qui l'exploite « et ceci en application des articles 50,51,52 de la loi 25-90

L'abus de l'utilisation de la propriété immobilière agricole privée se manifeste aussi dans d'autres formes. Le législateur oblige le propriétaire de la terre agricole à ne pas changer sa nature agricole ou à restreindre sa superficie et cela conformément à l'article 55 de la loi 25-90. Des sanctions pénales exceptionnelles sont mises à l'encontre de ceux qui ne respectent pas ces recommandations.

مقدمة: حدَّد المشرِّع الجزائري، معالِم حق الملكية من خلال نص المادة 674 ق م ج، إذ يُتيح لصاحبه حق التمتُّع والتصرُّف في الأشياء، من منقولات وعقارات، بشرط عدم استعمال تلك الحقوق عل نحوٍ يُخالف القوانين والأنظمة، ثمَّ بدأ المشرّع يتَّجه تدريجياً إلى تقييد حق الملكية بوجه عام، فبدأ ذلك جلياً في قانون التوجيه العقاري 90-25، حينما اشترط المشرّع، ضرورة استعمال الملكية العقارية، وفق طبيعتها أوغرضها، بمعنى عدم الإنحراف بالمِلكية العقارية عن طبيعة استعمالها، وعن الأهداف والغايات والمصالح التي مُنِحت من أجلها،(م27 منه). ثمَّ أكَّد المشرّع العقاري مرَّة أُخرى على وجوب استعمال الملكية العقارية الخاصة، لأجل تحقيق خصائصها وأهدافها المرتبِطة بالمصلحة العامة، التي قرَّرها القانون (م 2/28 من ق ت ع)، مع مراعاة المصالح الخاصة للأفراد كذلك(م690 ق م ج).

ممَّا سبق، يتَّضح بأنَّ حقّ الملكية العقارية الخاصة، لم يُمنح لصاحبه ليستعمله على إطلاقه، بل فُرِضت عليه مجموعة من القيود القانونية، التي تحدُّ من سلطاته، بغية تحقيق المصالح العامة أوالمصالح الخاصة في المجتمع, ومن بين تلك القيود الواجب مراعاتها، نجد القيد العام المفروض على كل الحقوق، سواءً كانت عينية أم شخصية، مطلقة أو تقديرية، ألا وهو **قيد التعسُّف في استعمال الحقّ** ، ويُعتبر أوّل قيد تناوله المشرِّع المدني، ضمن **القيود الواردة على حق الملكية العقارية الخاصة** ، من خلال نص المادة **1/691 ق م ج، قائلة:" يجب على المالك ألاَّ يتعسَّف في استعمال حقِّه، إلى حدٍّ يضرُّ بِملك الجار"**.

إنَّ التعسُّف في استعمال الحق عموماً، يتمثَّل في عمل أوسلوك يقوم به صاحب الحقّ في إطار الحدود المرسومة قانوناً لحقِّه، ودون تجاوز لها، إلاَّ أنَّه انحرف عن السُّلوك المألوف للشَّخص العادي في استعمال حقِّه, بسبب إضراره بالغير نتيجة ذلك الإستعمال، ممَّا يستوجب مساءلته قانوناً عن ذلك الضرر، ليس لأنَّه خرج عن نطاق المشروعية القانونية، وتجاوز حدود حقِّه، بل لأنَّه أساء استعمال حقِّه،عندما حصل منه ذلك الضرر، نتيجة انحرافه عن الغايات والأهداف، التي من أجلها تُمنح الحقوق.

فلايجب أن تُستخدم الحقوق مطية لإيذاء الغير، وتهديد راحتهم وأمنهم، والإعتداء على المصالح المشروعة للأفراد والمجتمع، تحت غطاء مشروعية استعمال الحق، وعدم تجاوز حدوده المرسومة له قانوناً، وبحجَّة أنَّ من استعمل حقَّه دون خروجه عن تلك الحدود، فإنَّه لايُعدُّ مرتكِباً لخطإ تقصيري، ولوأنشأ عمله ضرراً للغير، حتَّى ولو كان سيِّئ النِّية في استعمال حقِّه، تطبيقاً لمبادئ المذهب الفردي، الذي خوَّل للفرد استعمال حقِّه بصفة مطلقة دون تقييد، بخلاف المذهب الجماعي، حيث يرى بضرورة كبح جِماح الحق وعدم إطلاقه، حفاظاً على كيان المجتمع وخدمة لمصالحه، فالحقّ هو مجرَّد وظيفة إجتماعية، لاتَمنح صاحبها امتيازاً، وإنَّما تفرض عليه التزاماً[1].

فنلاحظ بأنَّ أنصار كِلا المذهبين تطرَّفا في الدِّفاع عن وجهة نظرهما، فأحدهما يُقدِّس حقوق الفرد على حساب مصالح الجماعة، والآخر يُقدِّس حقوق الجماعة، ولايعترف للفرد بحقِّه الخاص، بل يرى بأنَّ الحق ماهو إلاَّ مجرَّد وظيفة إجتماعية محضة. إلاَّ أنَّ هناك فِكراً وسطاً بين هذا وذاك، يُمثِّل مذهب العدل والإعتدال، ويتماشى مع مبادئ العدالة والإنصاف، إذ يُقِرُّ للفرد حقوقه الخاصة، لتلبية حاجياته الشَّخصية ومتطلَّباته اليومية، مع تقييدها بما لاتتعارض مع مصالح المجتمع، وفي حدود عدم إلحاق الضَّرر بمصالح الأفراد الأخرى.
وعلى هذا النَّهج سارت الشريعة الإسلامية في تقريرها للتعسُّف في استعمال الحق، عند القائلين به من المذاهب الفقهية، وهم المالكية والحنابلة، بينما رفضه الشافعية والحنفية، وقد تأثَّرت نظرية التعسُّف في استعمال الحق في صورتها الحديثة بدرجة كبيرة، بما توصَّل إليه الفقه الإسلامي، على الرَّغم من أسبقية القانون الرُّوماني في وجودها، لكن في إطارها الضيِّق فقط، عندما يستعمل الشخص حقَّه بقصد الإضرار بالغير، دون سريانها على باقي الصور الأخرى[2].

وفي هذا الصَّدد اعتُبِر التعسُّف بوجه عام في مفهوم الفقه الإسلامي، بأنَّه استعمال الحق لتحقيق مصلحة غير مقصودة شرعاً، أوللإضرار بالغير، ممَّا يُفوِّت مقصود الشَّارع من شَرْعِ الحقّ، لأنَّ الحقَّ مقيَّد بالأصول التي قامت عليها القوانين، وهي المصالح، لاسيَّما وأنَّ المصالح المشروعة هي مبْنَى الأحكام في الشريعة الإسلامية، ويُدعِّمها قول ابن القيِّم الجوزية رحمه الله:(**أنَّه حيثما وُجِدت المصلحة فثمَّ شرْع الله**) ، إذ يُؤدِّي التَّلازم بين الحقوق والمصالح على هذا النَّحو إلى ضرورة التقيُّد في استعمال الحقوق بالمصالح التي أُنيطت بها، لذا اعتُبِر عمل نظرية التعسُّف بمثابة الرَّقابة على استخدام الحقوق، خشية أن تُتَّخذ مصدراً للإضرار بالغير، ولأنَّه

"لاضرر ولاضِرار" في الشريعة الإسلامية، **"والضَّرر يُزال"**، **"والضررالأعلى يُدفع بالضرر الأدنى"** ، وغيرها من القواعد الفقهية التي تمنع الإضرار بالغير، وبالتالي نجدهم يُطلِقون على التعسُّف في الحق مصطلح:(**المضارَّة في الحقوق**)[3].

لكن بالرُّجوع لآراء فقهاء القانون الوضعي، نجد كثيراً منهم، يرى بأنَّه لكل حق غرض إجتماعي يسعى إليه، وحاجة اجتماعية يقصد إشباعها، فلو خرج استعمال الحق عن ذلك فلا محل لوجوده، وعلى هذا الأساس ظهرت نظرية التعسُّف في استعمال الحق [4]، باعتبارها نظرية عامة، تسري على جميع أنواع الحقوق، شخصية كانت أو عينية. ومن بين تلك الحقوق، نجد حق الملكية العقارية الخاصة، فهو ضروري لتلبية حاجيات الأفراد والمجتمع معاًً، غير أنَّه يتعيَّن استعماله بما يتَّفق مع مصالحه الإقتصادية والإجتماعية، وهو مايُعرف بالوظيفة الإقتصادية والإجتماعية للملكية العقارية الخاصة، لاسيَّما ملكية العقارات الفلاحية، نظراً لماتُقدِّمه للمجتمع من فوائد اقتصادية واجتماعية جليلة، أهمُّها تحقيق الإكتفاء الغذائي الذَّاتي له، إنْ أحسن مالكي العقارات الفلاحية إستعمالها، لتُريح الدَّولة من عبء استيراد الأغذية الضَّرورية، وتُوَفِّر للخزينة العمومية تكلفة تدعيمها، ناهيك عن تدعيم القدرة الشرائية لعموم أفراد المجتمع، نتيجة انخفاض أسعار المواد الغذائية واستقرارها في الأسواق المحلِّية، بسبب وفرة المنتوجات الفلاحية، وهذا لايتأتَّى إلاَّ باستغلال كل مساحات الأراضي الفلاحية، سواءً كانت تابعة للدولة أو الخواص، مع اتِّباع سياسة فلاحية مُحكَمة.

وبناءً عليه سنقوم بمعالجة بحثنا، وفق النقاط الآتية: **أوَّلا: تأصيل فكرة التعسُّف في استعمال الحق عموما، والملكية العقارية الخاصة خصوصاً. ثانياً: معايير التعسُّف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة، وتطبيقاتها بين الفقه والقانون المدني. ثالثاً: جزاء التعسُّف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة وإثباته.**

رابعاً: تطبيقات خاصة لقيد التعسُّف في استعمال الملكية العقارية الخاصة.

أوَّلا: تأصيل فكرة التعسُّف في استعمال الحق عموماً، والملكية العقارية الخاصة خصوصاً: يُقصد بالتأصيل، البحث في الأساس الفقهي والقانوني الذي تقوم عليه نظرية التعسُّف في استعمال الحق، وقد كفانا المشرِّع الجزائري، مشقَّة البحث في الأساس القانوني للتعسُّف في استعمال الحق، من خلال **نص المادة 124 مكرَّر** من القانون المدني، إثرصدور القانون رقم 05-10، المؤرَّخ في: 2005/06/20، المعدِّل والمتمِّم له، فبعدما كانت نظرية التعسُّف مُدرَجة ضمن قواعد الأهلية، دون أيِّ مبرِّر لذلك،أعاد المشرِّع تنظيمها في القسم الأوَّل، المتعلِّق بالمسؤولية عن الأفعال الشَّخصية، في إطارقواعد المسؤولية التقصيرية، بموجب الفصل الثالث، المعنون بـ: العمل المستحق للتعويض، من الباب الأول، بعنوان: مصادر الإلتزام، من الكتاب الثاني، بعنوان: الإلتزامات والعقود.

وقد اعتبر المشرِّع الجزائري صراحة بأنَّ التعسُّف في استعمال الحق، يُعدُّ خطأً تقصيرياً [5]، يُعالَج في دائرة المسؤولية التقصيرية والعمل غير المشروع، إعتماداً على الرَّأي التقليدي، الذي يرى بأنَّ التعسُّف ماهو إلاَّ صورة من صور الخطأ التقصيري. وتأثَّرالمشرِّع الجزائري، بإحدى الإتِّجاهات الفقهية داخل الرَّأي نفسه، ممَّن ترى بأنَّ التعسُّف في استعمال الحق يُعدُّ مساوياً للخطأ التقصيري، مستبعِداً الرَّأي الآخر، الذي يرى بأنَّ التعسُّف يقع خارج المسؤولية التقصيرية والعمل غير المشروع، كما أخذ المشرِّع أيضاً بفكرة ارتباط التعسُّف في استعمال الحقِّ بالمبادئ الإجتماعية، إذ نجده اعتمد في قانون التوجيه العقاري، رقم 90-25، على مبدأ الوظيفة الإجتماعية لحق الملكية العقارية الفلاحية الخاصة، واعتبرها تأصيلاً خاصاً، وفي ذات الوقت معياراً جوهرياً للتعسُّف في استعمال حق ملكية الأراضي الفلاحية، وذلك كلَّما اتَّخذ مالك الأرض الفلاحية سلوكاً سلبياً نحو أرضه، من خلال إهمالها وتركها بوراً، دون استغلالها فعلياً، فاعتبر المشرِّع ذلك السُّلوك تعسُّفاً في استعمال الحق، تطبيقاً لنص المادة 48 ومابعدها من قانون90-25 المذكور[6]- كماسنوضّحه أكثر في الجزء الأخير من البحث-

وبهذا نكون قد تجنَّبنا الدخول في عرض مختلف الآراء الفقهية المتباينِة، بشأن تأصيل نظرية التعسُّف في استعمال الحق، واكتفينا فقط بتحديد موقف المشرِّع الجزائري منها- لاسيَّما وأنَّ هناك مداخلة أخرى مشابهة لموضوعنا، ستتطرَّق بطبيعة الحال لتلك الآراء الفقهية-.

ثانياً: معايير التعسُّف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة وتطبيقاتها، بين الفقه والقانون المدني:

1- معايير التعسُّف لدى فقهاء القانون: يُقصد بالمعايير هنا، الضوابط والمبادئ التي يتعيَّن الإعتماد عليها بغية تحديد حالات التعسُّف، وهي معايير فقهية بالدَّرجة الأولى، ثمَّ انتقلت بعد ذلك إلى التشريعات الحديثة، واستقر العمل بها على مستوى القضاء المعاصر، **وهي معايير صالحة للتطبيق على الحقوق عموماً، وعلى حق الملكية العقارية الخاصة على وجه الخصوص**، وتُعدُّ معايير التعسُّف بمثابة قيود ترِد على استعمال حق الملكية العقارية الخاصة. غير أنَّ فقهاء القانون قديماً وحديثاً، تباينت أقوالهم بشأن إقتراح معيار موحَّد يمكن الإعتماد عليه لتحديد حالات التعسُّف في جميع الحقوق شخصية كانت أم عينية، إلاَّ أنَّ أهمَّها مأأورده بعض الباحثين المعاصرين[7]، إذ اعتبروا بأنَّ معايير التعسُّف في استعمال الحق عموماً، ترجع إلى خمسة معايير، وهي:

أ- معيار الخطأ التقصيري: ويُعبَّر عنه بمعيار الخطأ الفنِّي، أو الخطأ في استعمال الحق، والقائلين بهذا المعيار، هم الفقهاء الذين يرون بأنَّ التعسُّف، ماهو إلاَّ صورة من صور الخطأ التقصيري، وذلك بمناسبة تأصيلهم له.

ب– المعيار القصدي، أو نية الإضرار بالغير: يُعتبر هذا المعيار من أقدم معايير التعسُّف، وأكثرها شيوعاً في التشريعات الحديثة، وقد ارتبط منذ البداية بالتعسُّف في استعمال الملكية العقارية الخاصة، لأنَّه كثيراً مايُسخِّر المالك حقَّه، لمجرَّد تحقيق مآرب شخصية في النّكاية بغيره والإضرار به (8). ولقد عرِفه الرُّومان لأوَّل مرَّة، ثمّ انتقل إلى الشريعة الإسلامية، وتأثَّر به الفقه والقضاء الفرنسيَّين، والغربي عموماً، واعتمدته تشريعاتها أيضاً، فقرّرت منع استعمال الحق عموماً والملكية العقارية الخاصة خصوصاً، بقصد الإضرار بالغير. وخير دليل على ذلك، القضية التاريخية الشهيرة، التي فصلت فيها محكمة استئناف كولمار(Colmar)، في: 1855/05/02، إذ قضت بإدانة مالك عقار، أقام فوق سطح منزله مدخنة، وكان قصده الوحيد منها حجب الضوء عن جاره(9).

ج– معيار تخلُّف المصلحة المشروعة، والمقارنة بين المصالح: يصفه البعض بالمعيارالإقتصادي، على أساس أنَّه معيار موضوعي، كحال المعايير السابقة، فهو يرتكز على تقدير قيمة التصرُّف في حدِّ ذاته، بعيداً عن نوايا ودوافع صاحب الحق. ويرى أنصار هذا الرَّأي، بأنَّ الحقوق هي وسائل تُمنح لأصحابها، بُغية تحقيق أهداف وغايات محدّدَة، تتجسَّد تلك الغايات في شكل مصالح مشروعة، يتعيَّن بلوغها، وعليه يعدُّ متعسِّفاً كل من استعمل حقَّه، دون أن يهدف لمصلحة معيَّنة، أوكانت المصلحة المرجوّة غير مشروعة، وقد تكون المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها مشروعة، لكنَّها قليلة الأهمية، بالنِّسبة لتقدير حجم الأضرار الناشئة للغير، بسبب استعماله لحقِّه(10).

د– المعيارالغائي، أوالإنحراف بالحقِّ عن غايته الإجتماعية: إنتقل الفقيه **Josserand** ،في كتابه الشهير:" **في روح القوانين ونسبيتها**" إلى اعتماد هذا الرَّأي، وقد اشتهر هذا المعيار كثيراً بعد ذلك، رغم تعرُّضه لبعض الإنتقادات، ويقوم هذا المعيار على أساس، أنَّه لكل حقٍّ غايته الإجتماعية التي مُنِح من أجل تحقيقها، وعلى صاحب الحق أن يُمارِس حقَّه في خدمة المجتمع، ويَمتنِع عن كل مامن شأنه الإضرار بالمصالح الإجتماعية، مباشِرةً كانت أم غير مباشِرة، ويصل **Josserand** إلى القول: بأنَّه لكل حق وظيفة إجتماعية يسعى إليها، ويتعيَّن على صاحب الحق ألاَّ ينحرف عنها، حتّى لايُعدُّ متعسِّفاً في استعمال حقِّه. وانتُقِد هذا المعيار، على أساس أنَّه يصعب تطبيقه من الناحية العملية، لصعوبة تحديد الغاية الإجتماعية لكل حق من الحقوق على حدى، فهو معيار غير منضبط، يُؤدِّي إلى تحكُّم القضاة، وكثرة الآراء المختلفة وتضاربها(11).

هـ– المعيار الحِمائي: ويُعرف بمعيار الإعتداء على حق الغير في السَّلامة المادية والمعنوية، والقائلون بهذا المعيار، هم المنادون بفكرة الضَّمان في مجال المسؤولية المدنية، إذ يرون بأنَّ التعسُّف يُشكِّل اعتداءً على حق الغير في السلامة، ذلك أنَّه لكل شخص في المجتمع، الحقّ في سلامة جسمه وأمواله، ليُسأل مرتكِب الضرر عن عمله، بغض النَّظر عمَّا إذا كان قد ارتكب خطأً أم لا(12).

2- معايير التعسُّف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة وتطبيقاتها، في القانون المدني: بعد تعديل القانون المدني لسنة 2005، أعاد المشرِّع تنظيم قيد التعسُّف في استعمال الحق، في موضع آخر من نفس القانون، بعد ماالغى المشرِّع نص المادة **41 ق م ج**، مع الإحتفاظ بجزءٍ من مضمونها، في النص الجديد، وذلك في القسم الأوَّل، المتعلِّق بالمسؤولية عن الأفعال الشَّخصية، في إطار قواعد المسؤولية التقصيرية، بموجب الفصل الثالث، المعنون بـ: العمل المستحق للتعويض، من الباب الأول، بعنوان: مصادر الإلتزام، من الكتاب الثاني، بعنوان: الإلتزامات والعقود، بموجب المادة **124 مكرَّر ق م ج**، بقولها:" **يُشكِّل الإستعمال التعسُّفي للحق خطأً، لاسيَّما في الحالات الآتية:**

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير,

- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنِّسبة إلى الضرر النَّاشئ للغير،

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

نلاحظ جلياً من خلال النص المذكور، أنَّ المشرِّع الجزائري، إعتبر صراحة، بأنَّ التعسُّف في استعمال الحق، ماهو إلاَّ صورة من صور الخطأ التقصيري، وبالتَّالي يكون المشرِّع قد اعتمد بصفة عامَّة على **معيار** الخطأ التقصيري، لتحديد حالات التعسُّف، دون استبعاد المعايير الفقهية الأخرى، والمتمثِّلة في: **المعيار القصدي، أو نية الإضرار بالغير، ومعيار تخلُّف المصلحة المشروعة، والمقارنة بين المصالح**. إضافة إلى ماجاء به **قانون التوجيه العقاري 90-25**، حينما اعتمد صراحة على المعيار **الغائي، أو معيار الإنحراف بالحق عن غايته الإجتماعية، وتجسَّد ذلك جلياً في معيار الوظيفة الإقتصادية والإجتماعية لملكية الأراضي الفلاحية**، عندما ألزم المشرِّع العقاري مالِك الأرض الفلاحية، بضرورة إستغلالها، وإلاَّ يُعدُّ متعسِّفاً في استعمال الحق(م48 ق ت ج). الأمر الذي لم يكن واضحاً ومنصوصاً عليه، في نص المادة 41 ق م ج الملغى, وبناءً عليه يكون المشرِّع قد اعتمد على الإتِّجاه الحديث، الذي يرى بأنَّ للخطأ صورتان، الصورة التقليدية العادية، المعهودة في نظام المسؤولية التقصيرية، والصورة الحديثة، المتمثِّلة في التعسُّف في استعمال الحق.

يتَّضح من خلال النص المذكور، أنَّ المشِّرع عدِل عن حصر حالات التعسُّف، التى كانت مقرَّرة في النص القديم الملغى(م41 ق م ج)، وانتقل من خلال النص الجديد(124 مكرَّر ق م ج)، إلى تقرير فكرة جديدة، تقوم عليها نظرية التعسُّف في ثوبها الحديث، ألا وهي تعميم التعسُّف في استعمال الحق على كل الحالات الممكنة، التي يُقدِّرها بطبيعة الحال، القاضي المختص المثار أمامه النِّزاع، ولو اقتضى الأمر خروج القاضي عن مجال حالات التعسُّف، الواردة في نص المادة 124 مكرَّرالمذكورة، وعدم تقيُّده بها، لأنَّها أصبحت واردة على سبيل المثال وليس الحصر، فيبدوا أنَّ المشرِّع الجزائري إحتفظ بها في النص الجديد، لإعانة القاضي المختص وإرشاده في تكييف سلوكات الأشخاص، على أنَّها تشكِّل تعسُّفاً أم لا، لاسيَّما إذا كان سلوك مُستعمِل الحق

يندرج ضمن إحدى الحالات الثَّلاث، المنصوص عليها، غير أنَّه بإمكانه أن يعتمد على حالات تعسُّف أخرى، غير تلك الموجودة في نص المادة 124 مكرَّر، ليحكم بإدانة صاحب الحق، على أنَّه تعسَّف في استعمال حقِّه، ويُسلِّط عليه جزاءً مدنياً مناسباً، لايخرج عن إطار قواعد المسؤولية التقصيرية، إلاَّ مانظَّمه المشرَّع بموجب نصوص قانونية أخرى، كما سيأتي بيانه في آخر البحث. وتكملة لما سبق بيانه، سنقوم بشرح موجز **لحالات التعسُّف في استعمال الحق عموماً، والملكية العقارية الخاصة على وجه الخصوص** الواردة على سبيل المثال، في نص المادة 124 مكرَّر ق م ج، كما يلي:

أ- حالة قصد مالِك العقار الإضرار بالغير: تبدوا هذه الحالة، عندما يستعمل مالك العقار عقاره بنِيَّة إلحاق الضرر بغيره، دون أن تعود عليه منفعة من ذلك، أو يقصد الإضرار بالغير، وفي ذات الوقت تحصل له منفعة عارضة من استعماله لعقاره، لم يقصدها أصلاً، أو كانت عاملاً ثانوياً فقط. ومعنى ذلك، أنَّ هذا المعيار يتحقَّق أيضاً، إذا كان للمالك في الوقت ذاته، قصد آخر من استعمال عقاره، كما لو قصد تحقيق مصلحة شخصية له، فلايُغيِّر من الوصف التعسُّفي لهذا الإستعمال، مايترتَّب عليه من منفعة عارضة غير مقصودة، كمن يغرس أشجاراً في أرضه، بقصد حجب النُّور عن جاره، فيُعدُّ متعسِّفاً، في استعمال عقاره، ولو تبيَّن فيما بعد، أنَّ هذه الأشجار، قد عادت على أرضه بالنَّفع [13]، طالما أنَّ ذلك النَّفع لم يكن مقصوداً لذاته، لأنَّ تحقُّقه كان بصورة عارضة لاغير، بل كان القصد الوحيد لمالك العقار من غرسها، هو مجرَّد الإضرار بالجار [14]. ولايعني ذلك، أنَّ مالِك العقار، إذا استعمل عقاره، بقصد الإضرار بجاره، مع قصده أيضاً منذ البداية، وبصفة غير عارضة، تحقيق منفعة شخصية له، لايَعتبر متعسِّفاً في استعمال عقاره، بل قد يُعدُّ متعسِّفاً، إذا توافرت بشأنه الحالة الثانية من التعسُّف، - كما سيأتي بيانه- و ذلك في حالة مإإذا ثبت لدى القاضي المختص، **بأنَّ مالِك العقارالمعني، إستعمل عقاره بُغية الحصول على فائدة قليلة بالنِّسبة إلى الضرر النَّاشئ للغير،** أي بتطبيق الفقرة الثانية من المادة 124 مكرَّر ق م ج.

ب- عدم تناسب مصلحة مالك العقار مع الضرر الذي يُصيب الغير: ويُطلق عل هذا المعيار لدى أبحاث الفقه الإسلامي، بمعيار عدم التناسب بين المصلحة المرغوبة، وبين المضرَّة المتوقَّعة، وبالتَّالي فهو مجرَّد استنساخ من قواعد الفقه الإسلامي في هذا المجال، ويُعبِّر عنه فقهاء القانون كذلك، بعبارة: **رُجحان الضرر الذي يحيق بالغير على مصلحة صاحب الحق**[15]، وقد نصَّت عليه المادة 124 مكرَّر ق م ج، بحيث يُعدُّ متعسِّفاً، كل صاحب حق يهدف من خلال استعمال حقِّه، إلى تحقيق مصالح، قليلة الأهمِّية، بالمقارنة مع مايُصيب الغير من ضرر، بسبب ذلك الإستعمال. إذ لايكفي أن تكون لمالك العقار منفعة في استعمال مِلكه، وإنَّما ينبغي أن تكون منفعة ذات شأن، تُبرِّر ماقد يلحق بالغير من ضرر من جرَّاء استعماله. وفي هذا

الصَّدد يرى بعض فقهاء الشريعة الإسلامية، أنَّه يُحرم الفعل إذا اجتمع فيه قصد نفع النفس ونية الإضرار بالغير، إذ يُمنع صاحب الحق من استعمال حقِّه، إذا وجد طريقاً لتحقيق منفعته، دون إضرار بغيره.

- **ومن التطبيقات العامَّة لهذا المعيار:** قيام مالِك عقار بحفر بئرٍ في أرضه قريباً من بئر غيره، بحيث يُؤدِّي حفر البئر الجديد إلى نضوب القديم، فيُؤمر بأن يُحوِّل بئره إلى مكان أبعد في أرضه، تجنُّباً لتعطيل بئر جاره، إن وجد سبيلاً لذلك، وإلاَّ لم يُمنع، حتَّى لايتحمَّل هو الضرر لنفع غيره [16]. ومن ذلك أيضاً، قيام مالك عقار بعمليات حفرعلى عقاره، لأجل البناء عليه بطريقة تجلب الضَّرر لبناء جاره، وتُعرِّضه للسُّقوط. وفي نفس السِّياق، إستقرَّ الفقه والقضاء على أنَّه، يُعدَّ مالك العقار متعسِّفاً، إذا أقام مدخنة في مسكنه، في مكان يتَّجه دخَّانها إلى مسكن الجار، ولو لم يقصد الإضرار به، بل ليقتصد نفقات إقامتها في مكان آخر [17].

بينما لوكانت المنفعة تافهة، بالمقارنة مع الضرر الذي لحق بالغير، إذ لاتناسُب بينهما، فعندئذٍ يعدُّ المالك منحرفاً في استعمال مِلكه عن المسلك المألوف والمعتاد للشَّخص العادي، ممَّا يستوجب مُساءلته قانوناً.
ويُلاحظ بأنَّ هذا المعيار ليس ذاتياً، كالمعيار الأوَّل، بل هو معيار موضوعي، يقوم على التَّفاوت بين الضرر اللاحق بالغير، والمصلحة العائدة على المالك، وهو مايُمكن للمحكمة تقديره حسب الظروف الخاصة بكل حالة.

- **وهناك تطبيقات عملية عديدة، لهذا المعيار** ، تدلُّ على أهمِّيته، منها حالة ماإذا تجاوز مالك العقار، أثناء بنائه على أرضه، حدود ملكيته، بحسن نية، فأقام على أرض جاره جزءاً من البناء، ففي هذه الحالة، إستقرَّ الفقه والتشريع والقضاء على أنَّه: لايُمكن الحكم بإزالة التجاوز على عقار، إذاكان الضرر الحاصل من إزالته للعقار الجاري التجاوز لمصلحته، يفوق الفائدة الناتجة عن إزالته للعقار المتجاوز عليه. ومنها أيضاً، حالة ماإذاكان الحائط الفاصل بين الجارين، مملوكاً ملكية خالصة لأحدهما، فالأصل أنَّ لمالك الحائط الحق بالتصرُّف فيه بالهدم، غير أنَّه لماكان عقار الجار مُستتِراً بهذا الحائط، فلايجوز لمالك الحائط هدمه مختاراً دون عذر قوي، أي دون أن تكون له مصلحة في هدم هذا الحائط، راجحة على الضرر الذي يلحق بالجار، نتيجة عملية الهدم، ويُعدُّ الرُّجحان قائماً، إذاكان لدى المالك باعث قوي يسوغ الهدم، فإذا انتفى الباعث، كان ذلك قرينة على الإنحراف في استعمال الحق [18].

- **وقد نصَّ المشرِّع المدني الجزائري على التَّطبيقين** ، المشار إليهما في الفقرة الأخيرة، بموجب المادتين: 2/708 و 788 ق م ج، إذ نصَّت المادة **2/708 ق م ج، قائلةً:" غير أنَّه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذرٍ قانوني، إن كان هذا يضر الجار الذي يستتِر مِلكه بالحائط ".** **أمَّا المادة 788 ق م ج،** فنصَّت على أنَّه :" **إذا كان مالك الأرض وهو يُقيم بناءً بها قد تعدَّى بحسن نية**

على جزء من الأرض الملاصِقة، جاز للمحكمة إذا رأت محلاً لذلك، أن تُجبِر صاحب الأرض الملاصِقة، على أن يتنازل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء، مقابل تعويض عادل".

– كما نصَّ المشرِّع المدني أيضاً على بعض التَّطبيقات، نذكر منها مايلي:– الحالة التي لايجوز فيها لصاحب حق الإرتفاق، أن يمنع مالك العقار المرتفق به، من تغيير الوضع القائم لحق الإرتفاق ، أو تحويل موضع استعماله الأصلي، إلى موضع آخر بديل عنه، إذاكان من شأن الموضع الأول، أن يزيد في عبء الإرتفاق، عن الموضع الثاني البديل، أوصار الإرتفاق الأصلي يُشكِّل مانعاً من إحداث تحسينات في العقار المرتفَق به، ولكن بشرط أن يكون باستطاعة صاحب حق الإرتفاق، أن يستعمل حقه على الموضع البديل، بالقدر الذي كان ميسوراً به، عندماكان يستعمل حقَّه على الموضع الأصلي، وعليه، فالتمسُّك باستعمال حق الإرتفاق، من طرف مالك العقار المرتفق، على الموضع الأصلي، مع توفُّر الشرط المذكور، يُعتبر تعسُّفاً في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة.

ويتعيَّن على الجهة القضائية المختصة، أن تستجيب لطلب مالك العقار المرتفَق به، والقاضي بتغيير مكان الإرتفاق الأصلي بالمكان الجديد، طالما توفَّرت شروطه، **تطبيقاً لنص المادة 2/875 ق م ج، بقولها:" غير أنَّه إذاكان الموضع الذي عُيِّن أصلاً، قد أصبح من شأنه أن يزيد في عبء الإرتفاق، أوأصبح الإرتفاق مانعاً من إحداث تحسينات في العقار المرتفق به، فلمالك هذا العقار، أن يطلب نقل الإرتفاق إلى موضع آخر من العقار، أو على عقار آخر يملكه هو، أو يملكه أجنبي، إذا رضي الأجنبي بذلك، كل هذا متى كان استعمال الإرتفاق في وضعه الجديد ميسوراً لمالك العقار المرتفق، بالقدر الذي كان ميسوراً به في وضعه السابق".**

– وتوجد لدينا حالتان، أشارت إليهما المادة 876 ق م ج، وهما: حالة **زيادة عبء تكاليف العقار المرتفق به، بسبب تجزئة العقار المرتفق،** إذ يجوز بموجبها لمالك العقار المرتفق به، أن يطلب من القضاء زوال حق الإرتفاق وعدم استمراره على عقاره، بالنِّسبة لجزء أوبعض أجزاء العقار المرتفق. **وكذا حالة عدم جدوى بقاء الإرتفاق بالنِّسبة لبعض أجزاء العقار المرتفق** ، حيث يحق هنا لمالك العقار المرتفق به، أن يطلب زوال الإرتفاق عن تلك الأجزاء التي لم تعد بحاجة لخدمات عقاره، مع استمرارية الأجزاء الأخرى من العقار المرتفق، في الإستفادة من خدمات العقار المرتفق به. إذ ليس بالضَّرورة أن يبقى الإرتفاق مستحقًّا لكلِّ جزءٍ من أجزاء العقار المرتفق، بعد وقوع عملية تجزئته أو قسمته. وعليه فالتمسُّك باستعمال حق الإرتفاق، لصالح تلك الأجزاء المتفرِّعة عن العقار المرتفق، على العقار المرتفق به، مع توفُّر الشروط المذكورة في الحالتين، المشار إليهما، في هذه الفقرة، **يُعتبر تعسُّفاً في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة، تطبيقاً لنص المادة**

876 ق م ج، بقولها:" إذا جُزِّئ العقار المرتفق، بقي الإرتفاق مستحقًّا لكل جزءٍ منه, ما لم يزد ذلك عبء تكاليف العقار المرتفق به.

غير أنَّه إذا كان الإرتفاق لايُفيد في الواقع إلاَّ جزءاً من هذه الأجزاء، جاز لمالك العقار المرتفق به، أن يطلب زوال هذا الإرتفاق عن الأجزاء الأخرى".

– **ونفس الحكم ينطبق على حالة حصول عملية تجزئة للعقار المرتفق به** ، إذ يجوز لمالك كل جزءٍ من العقار المرتفق به، أن يطلب زوال الإرتفاق عن الجزء الذي يملكه، طالما لم يعد يُستعمل في الواقع العملي، لمصلحة العقار المرتفق، لاستحالة ذلك الإستعمال عملياً ، **تطبيقاً لنص المادة 2/877 ق م ج**، بقولها:" غير أنَّه إذا كان حق الإرتفاق لايُستعمل في الواقع على بعض هذه الأجزاء، وكان لايمكن أن يُستعمل عليها، فلمالك كل جزءٍ منها، أن يطلب زوال هذا الإرتفاق، عن الجزء الذي يملكه". **وبالتالي فإنَّ تمسُّك صاحب حق الإرتفاق بحقِّه، في هذه الحالة، يُعدُّ تعسُّفاً في استعماله.**

– **هناك حالة قانونية أخرى، تصلح تطبيقاً لنظرية التعسُّف** ، وهي تلك الحالة التي تزول فيها كل منفعة الإرتفاق لصالح العقار المرتفق، أو تكون تلك المنفعة قليلة الأهمِّية، لاتتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به، لتُشكِّل هذه الأخيرة أضراراً تفوق قيمة المنفعة التي يحصل عليها العقار المرتفق. فيجوز بموجبها لمالك العقار المرتفق به، أن يلجأ إلى القضاء، للمطالبة بالتحرُّر من الإرتفاق كلِّه أو بعضه، عملاً بنص المادة **881 ق م ج, بقولها:" يجوز لمالك العقار المرتفق به، أن يتحرَّر من الإرتفاق كلِّه أو بعضه، إذا فقد الإرتفاق كل منفعة للعقار المرتفق، أوإذا لم تبق له سوى فائدة محدودة، لاتتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به"** . ويُعتبر تمسُّك مالك العقار المرتفق بحقِّه في الإرتفاق، تعسُّفاً في استعمال الحق، يستوجب مساءلته قانوناً.

تُعتبر تلك التطبيقات السابقة أيضاً، من القيود التي تلحق بحق الملكية، عملاً **بنص المادة 1/691 ق م ج، بقولها:" يجب على المالك ألاَّ يتعسَّف في استعمال حقِّه، إلى حدٍّ يضرُّ بمِلك الجار".**

وقد أكَّد القضاء الجزائري أيضاً، على ضرورة العمل بتلك القيود ، منها، على سبيل المثال: **القرار الصادرعن المحكمة العليا، بتاريخ: 1992/06/16**، في الملف رقم90943، حيث جاء فيه:"من المقرِّر قانوناً أنَّه يجب على المالك ألاَّ يتعسَّف في استعمال حقِّه، إلى حدٍّ يضرُّ بمِلك الجار(م 691 ق م ج)،... ولما كان من الثَّابت– من قضية الحال– أنَّ قضاة الإستئناف حصروا النِّزاع في تحديد الضرر ومصدره، وقضوا بإلزام الطاعن بتحويل مدخل البناية بعيداً عن مسكن المطعون ضدَّه، بسبب الضرر الذي لحقه من جرَّاء ذلك، مؤسِّسين قرارهم على المعايَنة، المنجَز محضراً عنها، فإنَّهم بذلك قد أحسنوا تطبيق القانون، ممَّا يستوجب رفض الطعن الحالي"[19].

ج– عدم مشروعية المصلحة المقصودة من استعمال حق الملكية: أو مايُعرف فقهاً بمعيار تخلُّف المصلحة

المشروعة، ورغم ذلك فقد تباينت آراء فقهاء القانون بشأنه، فمنهم من يرى بأنَّه يُعدُّ مالك العقار متعسِّفاً في استعمال مِلكه، لعدم مشروعية المصلحة المقصودة من إستعمال حق الملكية، إذا انحرف في استعماله لهذا الأخير، عن الغاية التي شُرِع من أجلها [20]. وقريب من هذا المفهوم، نجد بعضهم من يُفسِّر عدم مشروعية المصلحة، من خلال عدم مشروعية الغرض من استعمال الحق، أو باستعمال الحق لغير غرضه أو هدفه الإجتماعي، وكذلك إستعمال الحق لدافعٍ غير مشروع [21]، إنطلاقاً من فكرة أنَّ الحقوق هي وسائل تُمنح لأصحابها، بُغية تحقيق أهداف وغايات محدّدَة، تتجسَّد تلك الغايات في شكل مصالح مشروعة، يتعيَّن بلوغها.

وهناك من يرى بأنَّ المصلحة غير المشروعة، هي تلك التي تُخالِف حكماً من أحكام القانون، وتتعارض مع النظام العام والآداب العامة، فالمشرِّع لايُمكنه أن يُوفِّر الحماية القانونية لمصالح غير مشروعة، لأنَّها تتعارض مع مصالح الجماعة واالنظام القانوني برمَّته [22]. ويُعتبر هذا المعيار ذا طابع موضوعي، وإذاكان طريق الوصول إليه يُعتبر عاملاً ذاتياً، هو نية صاحب الحق، أو مايُعرف بمعيار الدَّافع غير المشروع، لأنَّ هناك من يقول بأنَّ المعيارين مرتبطان أشدَّ الإرتباط، بل هما وجهان لمعيار واحد، بحيث إذا لم يكن لصاحب الحق دافع مشروع لاستعمال حقِّه، فهو يهدف إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة [23]. وفي نفس السِّياق، يؤكِّد البعض على الطابع الموضوعي لهذا المعيار، على الرَّغم من إمكانية الإستدلال عليه، إنطلاقاً من الجوانب الشخصية، المتمثِّلة في القصد أو النِّية من استعمال الحق، إذ يُعدُّ الشَّخص متعسِّفاً، إذا تجاوز حدود حسن النِّية، وكذا حدود الأغراض الإجتماعية أو الإقتصادية لحقِّه، ليُسأل على أساس نظام المسؤولية التقصيرية، بسبب ماأحدثه من ضرر ضد مصالح الأفراد أو الجماعة، أوضدَّ الأهداف السَّامية للنِّظام القانوني بأكمله [24].

ولدينا بعض التطبيقات العامة لهذا المعيار،على مستوى الفقه والقضاء ، منها: تعسُّف مالك العقار، في عدم موافقته عن التَّأجير من الباطن، أو التنازل عن الإيجار، دون سبب مشروع، وامتناعه عن الترخيص بالإيجار من الباطن، في حالة قيام المستأجر ببيع المصنع أو المتجر الذي أقامه على عقار المالك، لأجل الحصول على إيجار مرتفع من المشتري للمصنع أو المتجر. ومثاله كذلك، مالك العقار الذي يقوم بوضع أسلاك شائكة على أعمدة مرتفعة في حدود ملكيته، لكي يفرض على شركة الطيران بأن تشتري منه الأرض بثمن مرتفع، فيُعتبر سلوكه تعسُّفاً في استعمال الحق، لأنَّه يهدف إلى تحقيق مصالح غير مشروعة. فتلك الأسلاك والأعمدة المرتفعة تُعيق عملياً هبوط ونزول الطائرات على أرضية المطار، وبالتالي ستجد شركة الطيران نفسها مضطرّة لشراء تلك الأرض، وبسعر مرتفع، للسماح لطائراتها بالهبوط والطيران دون مخاطر.

ثالثاً: جزاء التعسُّف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة وإثباته: **1- جزاء التعسُّف في استعمال الحق:** إنّ الجزاء في نظام المسؤولية عن أعمال التعسُّف في استعمال الحق، يتَّخذ عدَّة أشكال، على خلاف الجزاء

المعروف في نظام المسؤولية التقصيرية، على الرَّغم من أوجه الإتِّفاق الحاصلة بين النِّظامين، لاسيَّما ماتعلَّق **بالجزاء العلاجي**، والمتمثِّل في التعويض عن الضرر اللاحق بالغير، سواءً كان تعويضاً نقدياً أم عينياً، ويبقى الأمر خاضعاً للسطة التقديرية لقاضي الموضوع، تطبيقاً لنصوص القانون، ومااستقرَّ عليه القضاء في هذا الشأن، فقد يحكم القاضي بالتعويض النقدي لصالح المضرور من الطرفين، أو يقضي بإعادة الحال إلى ماكان عليه قبل حصول الضرر أو قبل حصول فعل التعسُّف، كالحكم بهدم الحائط الذي اتَّخذه المتعسِّف لحجب النُّور أو الهواء عن جاره، أو الحكم على المتعسِّف الذي قام بهدم حائطه، دون مبرِّر قوي لذلك، بإعادة بنائه من جديد، لأنَّ الحائط الذي قام بهدمه كان يستَتِربه عقار جاره، أوالحكم بإلزام مالك العقار المتعسِّف في استعمال مدخل بنايته للإضرار بجاره، بتحويل مدخل البناية بعيداً عن مسكن جاره، بسبب الضرر الذي لحقه من جرَّاء ذلك. ويُمكن للقاضي أن يحكم بالتعويض النَّقدي والعيني معاً، وفي كل الحالات يتعيَّن على القاضي أن يُراعي في تقديره للتعويض، ماتقتضيه نصوص القانون الخاصة، ومناسبة التعويضات المدنية لحجم الضرر الحاصل، وأن يُبيِّن في حكمه طريقة التعويضات، والوسائل المعتمدة لتقديرها، تطبيقاً لنص المادتين 131و132 ق م ج.

كما نجد لجزاء التعسُّف في استعمال الحق، صورة أخرى، غير موجودة عادة في نظام المسؤولية التقصيرية، وتتمثَّل في **الجزاء الوقائي**، الذي يعمل على منع وقوع الضرر أصلاً، من خلال منع صاحب الحق إبتداءً من استعمال حقِّه، إستعمالاً تعسُّفياً، وهو مايُمَيِّز فكرة التعسُّف عن فكرة المسؤولية التقصيرية، إذ لاوجود للمسؤولية التقصيرية إلاَّ بعد حصول الضرر. وخير **مثال للجزاء الوقائي**، مانصَّت عليه المادة **788 ق م ج**، التي أجازت للقاضي المختص، في عدم الإستجابة لطلب مالك الأرض، الملاصِقة لأرض جاره، الذي أقام عليها بناءً بحسن نية، بهدم مابُنِي عليها، طالما كان ذلك التعدِّي جزئياً فقط، وهذا توقِّياً للضرر الجسيم النَّاجم عن الهدم، الذي سيلحق الباني في مِلك الغير بحسن نية، ليكتفي القاضي بالحكم على هذا الأخير بتعويض مناسب لصالح مالك العقار المعتدى عليه.

إضافة **لأشكال أخرى مختلفة من الجزاء** ، تُتَّخذ بحسب ظروف وطبيعة الحق المتعسَّف فيه، وتماشياً مع ماتقتضيه النُّصوص القانونية الخاصة بتطبيقات نظرية التعسُّف في استعمال الحق، سواءً كانت متواجدة في القانون المدني، أو في مختلف فروع القانون الأخرى، كالحكم بإبطال التصرُّف القانوني، أو عدم نفاذه، عندما ينطوي ذلك التصرُّف على تعسُّف، أو الحرمان الكلِّي أو الجزئي لحقٍّ استُعمِل بصورة تعسُّفية. وهناك جزاءات

ذات طابع إجتماعي، ترمي إلى إزالة آثار الإخلال بالنِّظام الإجتماعي، وهي في شكل عقوبات، منها: الغرامات الضريبية، والغرامات المدنية، وقد تصل إلى حدِّ تسليط عقوبات جزائية على المتعسِّف، كالغرامة البسيطة أو الحبس[25].

إنَّ الحكم ببطلان التصرُّف، نتيجة التعسُّف في استعمال هذا الحق، وكذا الحكم بالحرمان الكلِّي أو الجزئي لحقٍّ استُعمِل بشكل تعسُّفي، نجد لهما تطبيقاً في نصوص قانون التوجيه العقاري 90-25، عندما يتعلَّق الأمر بالتعسُّف في استعمال حق ملكية الأراضي الفلاحية، عن طريق إستعمال الحق سلباً بالإمتناع عن استغلالها أو استثمارها فعلياً، خلال مدَّة موسمين فلاحيَّين متتاليين، إذ يُعدُّ الإمتناع هنا تعسُّفاً للإضرار بالجماعة، وانحرافاً بالحق عن غايته ووظيفته الإجتماعية، تطبيقا للمادتين: 48 و 52 من قانون التوجيه العقاري، ليصل الأمر إلى حدِّ نزع ملكيتها من المتعسِّف بصفة نهائية، عقاباً له على تعسُّفه ضد مصالح المجتمع. ونفس الحكم ينطبق على مالك الأرض الفلاحية، الذي أساء استعمال حق الإدارة أوالتصرُّف، وأبرم معاملة عقارية غيَّرت من طابعها الفلاحي، وألحقت ضرراً بقابلية الأرض للإستثمار الفلاحي، ممَّا يترتَّب عنه إضعاف قدرتها على الإنتاج الزِّراعي، إذ يحق حينها للدولة أن تلجأ إلى **استخدام نظام الشُّفعة الإدارية**، وكذا حقّها في **طلب مباشرة إجراءات الإسترداد**، وقيامها بنقل ملكية الأرض الفلاحية موضوع التعسُّف لفائدتها، عن طريق الديوان الوطني للأراضي الفلاحية،عملاً بنص المادتين 55 و56، من قانون التوجيه العقاري 90-25.

2- **كيفية إثبات التعسُّف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة:** إستقرَّ الفقه والتشريع والقضاء، بشأن إثبات التعسُّف في استعمال الحق عموماً، على مبادئ عامة، مفادها أنَّ عبء إثبات حصول التعسُّف، يقع على من يدّعيه، لأنَّ الأصل هو استعمال الحقوق بحسن نية وبطريقتها العادية، دون انحراف عن طبيعتها، أو غايتها التي مُنِحت من أجلها، فلو ادَّعى مالِك عقار أنَّ أشغال الحفر التي يقوم بها جاره، إنَّما هي بقصد الأضرار به، وكذلك عند إقامة مدخنة للإضرار به، أوعند بناء جدار لمنع الضوء أو الهواء عنه، وغيرها، فإنَّ عليه إثبات ادِّعائه، كأن يُثبت إنعدام مصلحة مالك العقار الذي قام بأعمال الحفر، أو يُثبت انتفاء المنفعة من إقامة ذلك الجدار، أو تلك المدخنة [26]، أوكان بإمكانه تفادي الإضرار به، بإقامتها في مكان آخر من سكناه، أو يُثبت مسؤولية إهمال جاره في اتِّخاذ الإحتياطات اللازمة لمنع إلحاق الضرر به، إذ يُعدُّ ذلك قرينة على وقوع التعسُّف. أو يُثبت وقوع الضرر عليه، من جرَّاء تعسُّف جاره في استعمال مدخل بنايته للإضرار به، ويتمُّ في هذه الحالة الأخيرة عادة، توجيه طلب للجهة القضائية المثار أمامها النِّزاع، بندب خبير مختص، وتحرير محضر معاينَة، لتدعيم إثبات وقوع الضرر، وعلى نفقة المدَّعي.

غيرأنَّه قد تُثارعملياً بعض الصُّعوبات، التي تُواجه إثبات حالة التعسُّف المشتمِلة على قصد الإضرار بالغير، ونحن نُرجِّح التعامل معها، بكونها واقعة مادية، وبالتَّالي يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات، والأخذ بمااستقرَّت عليه آراء كثير من فقهاء القانون، ممَّن يرون بأنَّه، طالما كان إثبات نيَّة الضرر، أمراً متعسِّراً وصعباً للغاية، لاتِّصالها بأمور نفسية كامنة داخل النَّفس البشرية، فإنَّه يجوز للقضاء أن يعتمد في استخلاصه لتلك النِّية، على انعدام المصلحة وتفاهتها لدى المالك، في استعمال مِلكه، معتبِراً هاته التفاهة وذلك الإنعدام، قرينة على أنَّ المالك لم يقصد سوى الإضرار بالغير، وقد تقرَّر لدى القضاء الحديث، أنَّه إذا لم يكن للمدَّعي منفعة من حقِّه، وفيه ضرر للمدَّعى عليه، لم يُقض له بهذا الحق(27).

رابعاً: تطبيقات خاصة لقيد التعسُّف في استعمال الملكية العقارية الخاصة: قرَّر المشرِّع العقاري، وجوب استغلال أواستثمار الأراضي الفلاحية، ليُعتبَر هذا الإلزام قيداً أساسياً، يرد على حق الملكية العقارية الفلاحية الخاصة، سواء تعلَّق الأمر بحق التصرُّف أو الاستعمال أو الاستغلال، إذ اعتبر المشرِّع العقاري صراحة، بأنَّ عدم استغلال الأراضي الفلاحية، يشكِّل فعلا تعسُّفيا في استعمال الحق، تطبيقاً لنص المادة 48 من قانون التوجيه العقاري، بقولها :" **يُشكِّل عدم استغلال الأراضي الفلاحية فعلاً تعسُّفياً في استعمال الحق، نظراً إلى الأهمِّية الإقتصادية والوظيفة الإجتماعية المنوطة بهذه الأراضي.**

وفي هذا الإطار، يُشكِّل الإستثمار الفعلي والمباشر أو غير المباشر واجباً على كل مالك حقوق عينية عقارية أو حائزها، وعلى كل شخص طبيعي أو معنوي يُمارس حيازة ذلك عموماً".

وفي هذا السِّياق يرى أحد الباحثين (28) في تعليقه على نص المادة 48 المذكورة، بأنَّ هذه الأخيرة جاءت بمفهوم جديد مغاير لنظرية التعسُّف في استعمال الحق، الواردة في القانون المدني، ذلك أنَّ هذا التعسُّف، من شروطه أن يقوم على نية الإضرار بالغير، أو الحصول على فائدة غير مشروعة، أو إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنَّظر للضَّرر الذي يّسبِّبه للغير.

لكنَّنا نقول، بأن المشرِّع العقاري كيَّف تلك الشروط، على أساس أنَّ عدم استغلال الأراضي الفلاحية، يعني بالضرورة التأثير السَّلبي على وظيفتها الاقتصادية والاجتماعية، وبالتَّالي تعطيل المصلحة العامة في المجتمع، أوكما وصفها المشرِّع العقاري نفسه، بعبارة **"الفائدة العامة التي أقرها القانون"**، عندما ألزم صاحب الملكية العقارية الخاصة، بضرورة استغلالها بشكل يتوافق مع طبيعتها وخصائصها، المرتبطة بتلك الفائدة ، إستناداً لنص المادة 2/28 من قانون التوجيه العقاري، قائلة:" ويجب أن يوافِق استغلال الخصائص المرتبطة بها الفائدة العامة التي أقرَّها القانون". **ووجه التعسُّف في هذه الصورة الحديثة ، يكمن في استعمال الحق سلباً، بالإمتناع عن استغلالها أو استثمارها فعلياً، خلال مدَّة موسمين فلاحيَّين متتاليين، إذ يُعدُّ الإمتناع هنا**

تعسُّفاً للإضرار بالجماعة، وانحرافاً بالحق عن غايته ووظيفته الإجتماعية، التي أقرَّتها له التَّشريعات الحديثة، ونادى بها فقهاء القانون والشريعة الإسلامية قديماً وحديثاً.

لقد جاء قانون التوجيه العقاري في سنة 1990، بقيد خاص للتعسُّف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة، لأجل المحافظة على وحدة المستثمرة الفلاحية، وعدم تجزئتها، إلاَّ في إطار إحترام معايير تحديد المساحات المرجعية، المعتمدة بموجب المرسوم التَّنفيذي رقم 97-490، المحدِّد لشروط تجزئة الأراضي [29]، وبُغية المساهمة في رفع الطاقة الإنتاجية للمستثمرات الفلاحية، وتشجيع الإنتاج الفلاحي، نظراً للتدهور الخطير الذي شهده القطاع الفلاحي في بلادنا، منذ الثمانينات إلى يومنا هذا، فنصَّت المادة 33 منه، على أنَّه:" يجب أن يُساهم كل نشاط، أو تقنية أو إنجاز في ارتفاع الطاقة الإنتاجية في المستثمرات الفلاحية، بصرف النَّظر عن الصِّنف القانوني الذي تنتمي إليه الثَّروات العقارية المعنية". إذ يؤدِّي الإستغلال الأمثل للعقار الفلاحي إلى تحقيق الأمن الغذائي، من خلال توفير الإكتفاء الذَّاتي الغذائي، والوصول إلى مرحلة تصدير المنتوجات الفلاحية الوطنية في الأمد المتوسط، لا سيَّما إذا انتهجت الدَّولة وسائل قانونية وإدارية فعَّالة لتنظيم العقار الفلاحي. وبناءً علية أصبح استثمار الأراضي الفلاحية واجباً قانونياً، يقع على عاتق كل مالك أو حائز لعقار فلاحي، وعند إهماله وعدم استغلاله، تقوم **الدولة بتجسيد رقابتها القانونية، بمباشرة مجموعة من الإجراءات الإدارية،** قد تصل إلى حدّ انتزاع ملكية العقار الفلاحي من مالكه، جبراً عليه، تطبيقاً لنظام الشفعة الإدارية.

كما يحق **للدولة أيضاً**، أن **تتدخَّل في مواجهة مالك العقار، ومن تعامل معه أيضاً، في حالة إبرام معاملات عقارية مخالفة لمضمون المادة 55 من قانون التوجيه العقاري،** وتقوم باتِّخاذ الإجراءات القانونية اللازمة في ذلك، من خلال قيامها باسترداد حق الملكية العقارية من مالك العقار، الذي خالف مضمون نص المادة 55 من القانون الأخير، والعمل على نقل ملكيته إلى الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، الذي يُمثِّل الدولة، وذلك بعدما قرَّرت المادة 56 من نفس القانون، بطلان أيِّ معاملة عقارية على الأراضي الفلاحية، إذا كانت مخالفة لأحكام المادة 55 من قانون التوجيه العقاري،.

1- الرِّقابة الإدارية للدَّولة، عند الإمتناع عن استغلال العقار الفلاحي : سمح المشرِّع بإنشاء أجهزة إدارية، لأجل حماية الأراضي الفلاحية والمحافظة على وحدة مستثمراتها، وتحسين مردوديتها، بما يتوافق مع الوظيفة الاقتصادية والاجتماعية، المنوطة بالعقار الفلاحي، وتتمثل هذه الأجهزة الإدارية فيما يلي:

أ- لجنة إثبات عدم إستغلال الأراضي الفلاحية: إستحدثها المشرِّع من خلال المرسوم التنفيذي رقم 484/97 المؤرخ في: 1997/12/15 [30]، وبموجب نصوصه، نجد بأنَّ هده اللجنة تُؤسَّس على مستوى كل ولاية من ولايات الوطن بعد تعيين أعضائها، بقرار من وزير الفلاحة لمدة ثلاث سنوات. **أمَّا بالنِّسبة**

لنشاطها فتُكلَّف هذه اللجنة، بمعاينة حالة عدم استغلال الأراضي الفلاحية، سواء كان عدم الاستغلال، راجع للمالك أو المستأجر، وتباشِر اللجنة عملها من خلال الإجراءات الآتية:

أ-1- فتح تحقيق بشأن واقعة عدم الاستغلال، وتحرير محضر المعاينة لزوماً: يُفتح التحقيق إمَّا بمبادرة أعضائها، أو بطلب من طرف مصالح الفلاحة على مستوى الولاية، أو بناء على تبليغ من أيِّ شخص طبقاً لنص المادة 05 من نفس المرسوم. وفي حالة إثبات عدم الاستغلال تُرسل نسخة من المحضر لكل من الوزير المكلف بالفلاحة، وكذا الوالي المختص إقليميا.

أ-2- الإنذار: تقوم اللجنة مباشرة بعد تحرير محضر المعاينة، بإنذار المالك أو المستأجر بضرورة استغلال الأرض الفلاحية، وتُحدِّد أجلاً له، يتناسب مع نوعية التُّربة والظروف المناخية للمنطقة التي توجد بها الأرض الفلاحية، دون أن يتجاوز هدا الأجل مدة 06 أشهر من تاريخ تبليغ الإنذار، طبقاً للمادة 06 من نفس المرسوم. وبعد انتهاء الأجل السابق، وفي حالة عدم الاستجابة من المعني للإنذار، يتم إنذاره للمرة الثانية والأخيرة، على أن يُمهَل مدَّة سنة واحدة بعد الإنذار الأخير، من أجل أن يستأنف استغلال الأرض الفلاحية، وخلال هذا الإعذار الأخير، يتعيَّن على اللجنة، أن تطلب من المعنى بالأرض الفلاحية، عرض الأسباب أو التوضيحات التي منعته من استغلال الأرض الفلاحية. وبعد انتهاء المدة الأخيرة، وعند عدم الاستجابة للإنذار الأخير، تقوم اللجنة بإبلا غ الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، لتطبيق التدابير المقرَّرة وفقا للمادتين 51 و52 ق ت ع.

ب- الدِّيوان الوطني للأراضي الفلاحية: في حالة عدم الامتثال للإجراءات القانونية السابقة، تقوم هيئة عمومية أخرى مؤهلة لهذا الغرض لتُكمِّل عمل اللجنة، يُطلق عليها بالديوان الوطني للأراضي الفلاحية، وجاءت تطبيقا لأحكام المادتين 51 و52 ق ت ع، من خلال ما جاء به المرسوم التنفيذي رقم: 87/96، المعدَّل والمتمَّم[31]، وقد منح صلاحيات واسعة لهذه الهيئة العمومية، تُمارسها على الأراضي التابعة للخواص، والأراضي التابعة للأملاك الوطنية. وهناك من يرى بأنَّ هذا الديوان، وإن كان مخوَّلاً قانوناً بتطبيق التنظيم العقاري وتنفيذ السِّياسة العقارية، عملاً بالمرسوم التنفيذي رقم 96-87، المؤرَّخ في:1996/06/24، المعدَّل والمتمَّم، المتضمِّن إنشاءه، لاسيَّما نص المادة 04 منه، إلاَّ أنَّ جزءاً من صلاحياته يبقى نظرياً، ما لم تُصنَّف الأرض حسب خصوبتها، تصنيفاً علمياً دقيقاً، وما لم توَفَّر له الوسائل اللازمة للقيام بمهامه[32].

- أمَّا بالنِّسبة لصلاحيات الدِّيوان المشار إليها في الفقرة الأخيرة، فهي كمايلي: يباشر الديوان الوطني للأراضي الفلاحية عمله، لتنفيذ أحكام نص المادة 51 من قانون التوجيه العقاري، عبر الخطوات الآتية:

ب-1 يتدخل الدِّيوان كأول خطوة له بوضع الأرض حيز الاستثمار : وهذا لحساب وعلى نفقة المالك أو الحائز الظاهر، إذا كان المالك الحقيقي غير معروف. والنص لم يشر لحالة عدم الاستغلال التي ترجع للمستأجر، غير أنَّ بعض الباحثين يرى بضرورة فسخ عقد الإيجار من طرف المالك المؤجِّر، وبالتَّالي يكون طلب الفسخ هنا إلزامي على المالك، الذي قد يتغاضى عن ذلك، طالما أنَّ المستأجر يدفع له بدل الإيجار بانتظام(33).

يُلاحظ من خلال نص المادة 52 من قانون التوجيه العقاري، أنَّ وضع الأرض حيِّز الإستثمار أو التأجير، مخصَّص للحالات التي يكون فيها المالك لأسباب قاهرة، عاجزا عجزا مؤقَّتاً على استغلال الأراضي الفلاحية المعنيَّة، وإلاَّ تلجأ الهيئة العمومية، المتمثِّلة في الدِّيوان الوطني للأراضي الفلاحية، لإجراء البيع أو استعمال حق الشُّفعة، طبقاً لنص المادة 2/52 ق ت ع، كما أنَّ المشرِّع لم يُحدِّد مدَّة وضع الأرض حيِّز الإستثمار، هل تستغرق موسم فلاحي أم أكثر، وهل تكون مؤقَّتة أم مؤبَّدة؟. إلاَّ أنَّ الرَّاجح هو أن تكون تلك المدَّة مؤقَّتة وليست على سبيل التأبيد، لأنَّ ذلك يتعارض تعارضاً كلِّياً مع القواعد العامة للملكية. إضافة إلى أنَّ المشرِّع لم يُبيِّن الكيفية القانونية التي توضَع بها الأرض حيِّز الإستثمار، هل تتم بمنح الاستغلال لفلاَّحين مجاورين، أم يأخذ الديوان الوطني على عاتقه عملية الإستثمار، لحساب المالك وعلى نفقته، ويبدوا أنَّ الحل الأخير هو الأنسب عملياً.

ب-2- عرض الأرض للتَّأجير: وهي حالة اختيارية يلجا إليها الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، حيث يقوم بتأجير الأرض الغير مستغلة لفلاَّح له كفاءة في الميدان العملي، وذلك كلَّما ثبت وجود أسباب قوِّية منعت المالك أو الحائز من الإستثمار المباشر. ولم يبيِّن المشرِّع متى يلجأ الديوان إلى أحد الحالتين، قبل الأخرى، بل الأمر متروك للسُّلطة التقديرية لهذه الهيئة العمومية، بما يتماشى مع تحقيق الفائدة العامة لاستغلال الأرض الفلاحية.

ب-3- عرض الارض للبيع، إذا كانت خصبة جدا أو خصبة : لقد ميَّز أحد الباحثين الجزائريين (34) بين فرضين

لمعالجة هذه الحالة كما يلي: **الفرض الأوَّل**: يقف المالك موقفا سلبياً من الإنذار، وهنا يقوم الديوان بالبيع الجبري للأرض، عن طريق المزاد العلني، غير أنَّه لايُمكنه في هذه الحالة قانونا ممارسة حق الشُّفعة.

الفرض الثاني: يقرِّر المالك بيع الأرض، وفي هذه الحالة يقوم المالك بإحدى الأمرين: إمَّا بعرض الأرض على الديوان، وبعد الاتفاق على الثمن يتم البيع لصالحه، أو بإيجاد مشتري لشراء الأرض، وهنا يجب على المالك (البائع) والمشتري، حسب قواعد الإجراءات الواردة في القانون المدني، من خلال نصوص الشفعة، أن يقوما بتحرير تصريح بنية البيع، ويُبلَّغ للديوان الذي له الخيار في استعمال حق الشفعة أم لا. وهذا على أساس

أنَّ استعمال حق الشفعة هنا من طرف الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، إنَّما هو أمر جوازي واختياري، بنص الفقرة الثانية من المادة 52 ق ت ع.

2- تدخل الدولة عند إبرام معاملات عقارية مخالِفة للمادة 55 من قانون 90-25:

تنص المادة 55 على أنَّه: « تُنجَز المعاملات العقارية التي تَنصَبُّ على الأراضي الفلاحية في شكل عقود رسمية، ويجب ألا تُلحِق هذه المعاملات ضررا بقابلية الأرض للاستثمار، ولا تؤدي إلى تغيير وجهتها الفلاحية، ولا تتسبَّب في تكوين أراض قد تتعارض بحجمها مع مقاييس التوجيه العقاري وبرامجه، ويتم ذلك مع مراعاة تطبيق أحكام المادة 36 أعلاه وممارسة حق الشفعة المنصوص عليه في المادة 52 أعلاه». وقريب من هذا السِّياق، نصَّ المشرِّع العقاري، على هذه الأحكام، ضمن المادتين، 22 و 23 من القانون رقم 08-16، المتضمِّن التوجيه الفلاحي [35]. لقد أبرز النص بوضوح ، حالات التعسُّف، والجزاء القانوني المناسب لها، وسنعالجها كمايلي:

أ- حالات التعسُّف: وهذه الحالات حدَّدتها المادة الأخيرة، واعتُبرت كقيود واردة على المعاملات العقارية في الأراضي الفلاحية، وهي كالآتي: **أ-1- الإضرار بالوِحدة العضوية للمستثمرة الفلاحية:** ومنها عدم احترام المساحة المرجعية وفقاً لما قرَّره المرسوم التنفيذي رقم 97- 490، المحدِّد لشروط تجزئة الأراضي، إذ نصَّت المادة الثانية منه، على أنَّه:« يجب أن تتم كل عملية تجزئة أرض فلاحية في حدود مساحة المستثمرة الفلاحية المرجعية كما هي محددة أدناه». وجاء المرسوم بجدول بياني يوضِّح فيه المساحات المرجعية للمستثمرة الفلاحية[36]، وعرَّف المشرِّع العقاري المستثمرة الفلاحية في عدَّة تشريعات عقارية، آخرها مانصَّ عليه بموجب المادة 46 من قانون التوجيه الفلاحي، 08-16، بقولها:" المستثمرة الفلاحية وحدة إنتاجية تتشكَّل من الأملاك المنقولة وغير المنقولة، ومن مجموع قطعان المواشي والدواجن، والحقول والبساتين والإستثمارات المنجزة، وكذا القيم غير المادِّية، بما فيها العادات المحلِّية".

أ-2- إذا كان من شأن المعاملة المبرَمة أن تؤدِّي إلى تغيير الوِجهة الفلاحية للأرض: إمَّا بتغيير نوعية التُّربة، أو تغيير طبيعتها القانونية، أو إنتاجها، دون ترخيص، أوتحويلها إلى أرض عمرانية [37]، بإحداث بنايات عليها دون إجازة القانون لذلك، أو إتلاف الآلات الفلاحية وهدم المنشآت الزراعية، أو التصرُّف فيها دون استبدالها، أو بتغيير القيم غير المادية، بما فيها العادات الفلاحية المحلِّية، تطبيقاً لنص المادة 46 من قانون 08-16، المتضمِّن التَّوجيه الفلاحي، الصادر في: 2008/08/03.

أ-3- إذا أدَّت المعاملات العقارية لتكوين أراض قد تتعارض بحجمها مع مقاييس التوجيه العقاري و برامجه: ونحن نرى بأنَّ هذه الحالة، ما هي إلاَّ تكملة للحالة الثانية الواردة في نص المادة 55، وهي عدم الإضرار بقابلية الأرض للإستثمار، والمعبَّر **عنها "بالإضرار بالوحدة العضوية للمستثمرة الفلاحية"**، ذلك أنَّ

نظام قانون التوجيه العقاري يهدف أساساً، إلى الإستغلال الأمثل للعقار الفلاحي، وتحسين هيكل المستثمرات الفلاحية، وهذا لايتأتّى إلاَّ بتجميع العقارات الفلاحية المجزّأة، ومنع تجزئة العقارات الفلاحية، دون مراعاة معايير تحديد المساحات المرجعية، المشار إليها في المرسوم التنفيذي، رقم: 97-490، السابق ذكره، تجنُّبا لزيادة الإرتفاقات والأعباء عليها، ممَّا يُضعِف من إنتاجها ويُعرقل السَّير الحسن لاستغلالها.

ب- الجزاء القانوني المقرَّر لحالات التعسُّف: يندرج هذا الجزاء ضمن آثار القيود الواردة على المعاملات العقارية المنصبَّة على الأراضي الفلاحية، ويظهر هذا الجزاء من خلال المقطع الأخير لنص المادة 55 بقولها: «... مع مراعاة تطبيق إحكام المادة 36 أعلاه وممارسة حق الشُّفعة المنصوص عليه في المادة 52 أعلاه». كما يتجلّى هذا الجزاء أيضا من خلال نص المادة 56 ق ت ع بقولها: « كل معاملة تمَّت بخرق أحكام المادة 55 أعلاه باطلة وعديمة الأثر. ويمكن في هذه الحالة الموافقة على نقل الملكية الذي تحقِّقه هذه المعاملة إلى الهيئة العمومية بدفع ثمن عادل». إضافة لاستحداث المشرِّع العقاري حالياً جزاءات ذات طابع جنائي، بموجب نص المادة 87 من قانون التوجيه الفلاحي، 08-16، المؤرَّخ في: 2008/08/03، إذ نصَّت على أنّه:" يُعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات، وبغرامة من مائة ألف دينار(100.000دج) إلى خمسمائة ألف دينار(500.000دج)، كل من يُغيِّر الطابع الفلاحي لأرض مصنَّفة فلاحية أوذات وجهة فلاحية، خلافاً لأحكام المادة 14 من هذا القانون".

أمَّا بالنِّسبة للجزاء المدني، المقرَّر لمخالفة نص المادة 55 ق ت ع، فيتمثَّل في الصُّوَرالآتية:

ب-1- بطلان التصرُّف: حسب نص المادة 56 ق ت ع، فإنَّ البطلان المقصود، هو البطلان المطلق، وليس القابلية للإبطال، بحيث يصبح التصرُّف منعدِم، وكأنَّه لم يكن أصلاً.

ب-2- نقل الملكية العقارية في إطار نص المادة 52 ق ت ع: وهو ما أشارت إليه المادة 55 نفسها، بمعنى استعمال حق الشفعة بطبيعته الإدارية، خروجا عن القواعد العامة حسب القانون المدني، فيحل الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، محل مقتني العقار الفلاحي، المستبعد من الصفقة، باعتباره طرفاً في المخالفات الواردة في المادة 55 ق ت ع، بالرَّغم من أن الشُّفعة لا تجوز إلاَّ في المعاملات التي تأخذ شكل عقود البيع، بنص المادة 794 من القانون المدني الجزائري. وبناءً عليه **أصبح لنظام الشُّفعة دوراً عقابياً ضد مخالِف أحكام المادة 55 السابقة، وفي هذا خروجا عن الأصل العام في الأخذ بالشُّفعة.**

ب-3- نقل الملكية العقارية، تطبيقاً لنص المادة 56 من قانون التوجيه العقاري: يكون نقل الملكية حسب النص المذكور، لصالح الهيئة العمومية، الممَثَّلة في الدِّيوان الوطني للأراضي الفلاحية حسب المرسوم 87/96 المشار إليه سابقا، مع الالتزام بدفع ثمن عادل، وهو عادة نفس الثمن الذي دفعه مشتري العقار الفلاحي أوالمتعامل بصفة عامة، ونقل الملكية هنا، لا يتمُّ إلاَّ إذا كان التصرُّف باطلاً حسب المادة 55 ق ت

ع. أمَّا بالنِّسبة للأساس القانوني الذي يُنقِل ملكية العقار إلى الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، طبقا للمادة 56 ق ت ع، فنرى بأنه نظام عقابي، إستحدثه المشرِّع لعلاج هذا التطبيق الخاص من التعسُّف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة، إذ لايُمكن اعتباره شفعة ولامصادرة، بل هو نظام خاص شبيه بنظام نزع الملكية للمنفعة العامة من جهة، وشبيه أيضاً بنظام الإسترداد من جهة أخرى، ولو أنَّه أقرب إلى هذا الأخير من غيره. فالمشرِّع هنا لو كان يرغب في حصول نقل الملكية طبقا لنظام الشفعة لكان قد أحال إلى المادة 52 كما فعل في المادة 55 المشار إليها سلفا, ولو كان يريد اللجوء لإجراءات نزع الملكية، لكان قد أحال إليها أيضاً.

وبناءً عليه لم يبق لنا إلاَّ ترجيح وِجهة النَّظر الفقهية، التي كيَّفت هذا النِّظام العقابي، **بأنَّه عبارة عن إسترداد،** وبالتَّالي يترتَّب على الحكم ببطلان المعاملة العقارية، إذاكانت ناقلة للملكية، تطبيقاً لنص المادة 56 من قانون 90-25، حلول الديوان الوطني للأراضي الفلاحية محل المتنازل له عن ملكية الأرض الفلاحية المعنية بأثر رجعي، من تاريخ إبرام المعاملة، مع دفع مقابل عادل للمالك الجديد المستبعد. ويُلاحَظ أنَّ إجراء **الإسترداد** في هذه الحالة، يُطبَّق بعد انتقال الملكية إلى المالك الجديد، بخلاف الشُّفعة، فيتم اللجوء إليها قبل إتمام إجراءات البيع وانتقال الملكية، **وهو مايُميِّز الإسترداد كإجراء عقابي عن حق الشُّفعة الإدارية.** ويترتَّب على الأثر الرَّجعي لحلول الديوان الوطني، محل المالك الجديد، مايلي:- تنتقل ملكية العقار لذمَّة الديوان على نفس الحالة التي كانت عليها، أثناء إبرام المعاملة محل إجراء الإسترداد.- كما يحق للديوان الوطني، باعتباره المالك الرَّسمي الجديد، أن يستفيد من جميع التحسينات، الحاصلة من المالك المستبعد، وذلك أثناء ملكيته للعقار المعني بإجراء الإسترداد[38].

إنطلاقاً ممَّا سبق بيانه، نرى بأنَّ الإجراءات الواردة في هذا الجزء الأخير من بحثنا، إستلهمها المشرِّع العقاري من طبيعة الملكية العقارية في مفهوم الفقه الإسلامي، باعتبارها ملكية نسبية وغير مطلقة، وتُؤثِّر فيها النَّزعة الجماعية، وتحقيق المصلحة الإجتماعية، ولوعلى حساب المصالح الخاصة. والأمثلة عديدة، منها ماورد في المذهب الحنبلي، أنَّه إذا اضطرَّ أشخاص للسَّكن في بيت غير مشغول لإنسان ما، ولايجدون سواه، فلا يُمكنه منازعتهم، مع اختلاف الحنابلة في وجوب دفع الأجرة على المضطرِّ للسَّكن. ومنها أيضاً تقرير إسقاط ملكية من أحيا أرضاً ثمَّ أهملها، فتصير مِلكاً لمن أحياها بعده [39]، إنطلاقاً من القاعدة المشهورة، **"من أحيا أرضاً ميِّتة فهي له".**

كما تأثَّر المشرِّع الحالي، بقانون الثورة الزِّراعية، الصادر بالأمر 71-73، الملغى بقانون التوجيه العقاري، حيث فرض قانون الثورة الزِّراعية مبادئ جديدة لملكية واستغلال الأرض الفلاحية، كمبدأ الإستغلال الشخصي والمباشر، وتكريس المبدأ الشهير **" الأرض لمن يخدمها "**، ولابُدَّ من ممارسة الحيازة الإنتفاعية الدائمة والكاملة على الأرض الفلاحية، تحت طائلة سقوط حق الملكية، عند إهمالها من طرف المالك، أو الحائز [40].

وهو ما يُقابل الإجراءات الموضوعة من طرف قانون التوجيه العقاري، بشأن عدم استغلال الأراضي الفلاحية، لاعتبار أنَّ مالك الأرض ليس حرّاً في عدم استغلالها، تحت طائلة الحكم بفقدها، إعمالاً لمبدأ:" **تمليك الأرض بالإعمار وتجريدها بالإهمال"**، نظراً للرّسالة الإجتماعية التي يلتزم بها مالك الأرض الفلاحية، إذ يُوفِّر القانون حماية لملكيته العقارية، إن أحسن أداءها، وتُرفع عنه تلك الحماية، إذا قصَّر في حقِّها وأهملها، وبالتَّالي يحقُّ للدولة أن ترفع يده عنها[41].

خاتمة: توصَّلنا من خلال هذا البحث إلى النتائج الآتية: **أوَّلاً**: إعتمد المشرِّع الجزائري على معيار الخطأ التقصيري، كمبدإ عام، مع عدم استبعاده للمعايير الفقهية الأخرى، كماأخذ قانون التوجيه العقاري 90-25، بمعيار الوظيفة الإقتصادية والإجتماعية لملكية الأراضي الفلاحية، عندما ألزم المشرِّع مالك الأرض الفلاحية، بضرورة إستغلالها أواستثمارها، وعدم تغيير طابعها الفلاحي، أوتجزئتها دون مراعاة لشروط التقسيم، **وإلاَّ اعتُبِر متعسِّفاً في استعمال الحق** ، ليُتابع وفق إجراءات قانونية وإدارية، قد تصل به إلى حدّ حرمانه من حق الملكية على العقار الذي كان محلَّ تعسُّف، تطبيقاً لنصوص المواد من 48 إلى غاية 56، من قانون التوجيه العقاري. ووجه التعسُّف في هذه الصورة الحديثة، يكمن في استعمال الحق سلباً، بالإمتناع عن استغلال الأرض الفلاحية، مدَّة موسمين فلاحيَّين متتاليين، إذ يُعدُّ الإمتناع هنا تعسُّفاً، للإضرار بالجماعة، وانحرافاً بالحقِّ عن غايته ووظيفته الإجتماعية، التي أقرَّتها له التَّشريعات الحديثة، لأنَّ الحقوق مامُنِحت إلاَّ لتحقيق مصالح إجتماعية مشروعة، فلايُمكن بأيِّ حال من الأحوال، أن تُتَّخذ الحقوق مطيَّةً لضرب مصالح المجتمع، مهما كانت الأسباب والدوافع، وأنَّ المصلحة العامة مقدَّمة دائماً على المصلحة الخاصة عند التعارض.

ثانياً: يتَّضح من نص المادة 124 مكرَّر ق م ج، أنَّ المشّرِع إنتقل من حصر حالات التعسُّف، إلى تعميمها،على كل الحالات الممكنة، بناءً على السُّلطة التقديرية للقاضي، ولو اقتضى الأمر خروجه عن مجال تلك الحالات، الواردة في نص المادة 124 مكرَّر، وعدم تقيُّده بها، لأنَّها أصبحت واردة على سبيل المثال، وليس الحصر.

ثالثاً: يُلاحظ على نص المادتين: 51 و52 من قانون 90-25، بأنَّ المشرِّع لم يُبيِّن الكيفية القانونية التي توضَع بها الأرض حيِّز الإستثمار، هل تتم بمنح الاستغلال لفلاَّحين مجاورين، أم يأخذ الديوان الوطني على عاتقه عملية الإستثمار، لحساب المالك وعلى نفقته، وإن كان الحل الأخير، هو الأنسب والأكثر فعَّالية من النَّاحية العملية.

رابعاً: يُعاب على المشرِّع، من خلال النصَّين المشار إليهما في الفقرة الأخيرة، بأنَّه لم يُحدِّد مدَّة وضع الأرض حيِّز الإستثمار، هل تستغرق موسم فلاحي أم أكثر، وهل تكون مؤقَّتة أم مؤبَّدة؟، إلاَّ أنَّ الرَّاجح هو اعتبار تلك المدَّة مؤقَّتة فقط، إلى حين التعرُّف على هوِّية المالك الحقيقي، أو الحائز الفعلي للعقار، إن كان

غير معروف، أو إلى حين زوال الأسباب القاهرة، أو حالة العجز المؤقَّت، التي حالت دون استغلال العقار الفلاحي. فوضع هذا الأخير حيِّز الإستثمار المؤبَّد، يتعارض تعارضاً كلِّياً مع القواعد العامة للملكية الخاصَّة.

خامساً: إنَّ عرض الأرض للتَّأجير، تُعدُّ طريقة اختيارية يلجا إليها الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، بموجب نص المادة 51 ق ت ع، حيث يقوم بتأجير الأرض الغير مستغلة، لفلاَّح له كفاءة في الميدان العملي، وذلك كلَّما ثبت وجود أسباب قوِّية منعت المالك أو الحائز من الإستثمارالفعلي المباشر، غير أنَّ المشرِّع لم يبيِّن بدقة، متى يلجأ الديوان، إلى الإعتماد على طريقة وضع الأرض حيِّز الإستثمار، ومتى يلجأ إلى طريقة عرض الأرض للتَّأجير، ليبقى الأمر خاضعاً لتقدير الديوان، بما يتماشى مع تحقيق الفائدة العامة لاستغلال الأرض الفلاحية.

سادساً: يُعاب على المشرِّع، بخصوص تطبيق نص المادة 56 من قانون التوجيه العقاري، بأنَّه لم يُبيِّن إطلاقاً الإطار القانوني الذي بموجبه، تنتقل ملكية العقار الفلاحي، محل المعاملة الباطلة، المخالِفة لنص المادة 55، من القانون الأخير، كما أنَّه لم يُحدِّد بدقَّة الإجراءات القانونية، الواجب مراعاتها عند نقل ملكية العقار الفلاحي، المعني بتلك المخالَفة، فهل تنتقل تلك الملكية، عن طريق إجراءات نزع الملكية للمنفعة العمومية، أم وفق إجراءات الشُّفعة المعتادة، أم على أساس قواعد وإجراءات الإسترداد.

قائمة المراجع: **1**– محمد أحمد سراج، نظرية العقد والتعسُّف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1998.

2– شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي والتشريع المصري واجتهادات القضاء الفرنسي، ط1، دار الخلدونية، القبَّة القديمة، الجزائر، 2010.

3– نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى دراسة القانون، نظرية الحق، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر, 2001.

4– عبد الرَّزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998.

5– حسن كيرة، المدخل إلى القانون، ط6، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1993.

6– محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الإلتزام– الواقعة القانونية– ج 2، ط1، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 1991-1992.

7–العربي بلحاج، أبحاث ومذكِّرات في القانون والفقه الإسلامي، ج1, ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،1996.

8– محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، ط 2، دار الثقافة للنَّشر والتَّوزيع، عمَّان، الأردن، 2010.

9–سماعين شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دارهومة للطباعة والنشروالتوزيع، الجزائر، 2003.

10– محمودي عبد العزيز، آليات تطهير وتسوية سندات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، ط 2، منشورات بغدادي، الجزائر، 2010.

11– ليلى زروقي، التقنينات العقارية، العقارالفلاحي، ط 02، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر،2001.

12– حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.

13– محمد علي حنبولة، الوظيفة الإجتماعية للملكية الخاصة، دراسة مقارنة في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1973.

14– القانون رقم 08-16، المؤرَّخ في: 2008/08/03، المتضمِّن التوجيه الفلاحي، المنشور بالجريدة ارّسمية، الصادرة في:2008/08/03.

15– القانون رقم 90-25، المؤرَّخ في: 1990/11/18، المتضمِّن قانون التَّوجيه العقاري، المعدَّل والمتمَّم، المنشور بالجريدة الرَّسمية، الصادرة في:1990/11/18، العدد49.

16– الأمر رقم 75-58، المؤرَّخ في: 1975/09/26، المتضمِّن القانون المدني المعدَّل والمتمَّم، المنشور بالجريدة الرّسمية، الصادرة في: 1975/09/30، العدد78.

17– المرسوم التَّنفيذي،رقم 97-490، المؤرَّخ في: 1997/12/20، المحدِّد لشروط تجزئة الأراضي، المنشور بالجريدة الرَّسمية، الصَّادرة بتاريخ: 1997/12/21، العدد:84.

18– المرسوم التنفيذي رقم: 97- 484 مؤرخ في:1997/12/15، المتضمِّن ضبط تشكيلة الهيئة الخاصة، وكذلك إجراءات إثبات عدم استغلال الأراضي الفلاحية، المنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ: 1997/12/17، العدد: 83.

19– المرسوم التنفيذي رقم: 96 /87 المؤرخ في: 1996/02/24، المعدَّل والمتمَّم، المتضمِّن إنشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، المنشوربالجريدة الرسمية الصادرة في:1996/02/28، العدد: 15.

20– قرار المحكمة العليا، المؤرَّخ في: 1992/06/16، المنشور بالمجلَّة القضائية، الصادرة سنة 1995، العدد01.

الهوامش:

(1)– حسن كيرة، المدخل إلى القانون، ط6، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1993، ص753.

(2)– حسن كيرة، نفس المرجع ، ص755.

(3)– محمد أحمد سراج، نظرية العقد والتعسُّف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1998، ص274.

(4)– محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الإلتزام– الواقعة القانونية– ج 2، ط1، دار الهدى، الجزائر، 1991–1992، ص46.

(5)– وهو ماأكَّدت عليه المادة 124 مكرَّر من القانون المدني، على إثر التعديل رقم 05–10، الصادر في: 2005/06/20، حيث جاء فيها على أنَّه:" يُشكِّل الإستعمال التعسُّفي للحق خطأً... ". راجع الأمر رقم 75–58، المؤرَّخ في: 1975/09/26، المتضمِّن القانون المدني المعدَّل والمتمَّم، المنشور بالجريدة الرّسمية، الصادرة في: 1975/09/30، العدد78.

(6)– نصَّت المادة 1/48 من قانون التوجيه العقاري، بقولها: " **يُشكِّل عدم استغلال الأراضي الفلاحية فعلاً تعسُّفياً في استعمال الحق، نظراً إلى الأهمِّية الإقتصادية والوظيفة الإجتماعية المنوطة بهذه الأراضي**". راجع القانون رقم 90–25، المؤرَّخ في: 1990/11/18، المتضمِّن قانون التَّوجيه العقاري، المعدَّل والمتمَّم، المنشور بالجريدة الرَّسمية، الصادرة في: 1990/11/18، العدد49.

(7)– شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي والتشريع المصري واجتهادات القضاء الفرنسي، ط1، دار الخلدونية، القبَّة القديمة، الجزائر، 2010، ص727.

(8)– محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، ط 2، دار الثقافة للنَّشر والتَّوزيع، عمَّان، الأردن، 2010، ص68.

(9)– نقله : محمد صبري السعدي، المرجع السابق, ص 50.

(10)– شوقي بناسي، المرجع السابق ص732،733.

(11)– شوقي بناسي،نفس المرجع ، ص736.

(12)– شوقي بناسي، نفس المرجع، ص736 ،737.

(13)– عبد الرَّزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني،ج1، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص844.

(14)– حسن كيرة، المرجع السابق، ص772.

(15)– محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 70.

(16)– محمد أحمد سراج، المرجع السابق، ص285.

(17)– محمد صبري السعدي، المرجع السابق, ص 57.

(18)– محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 71،72.

(19)– قرار المحكمة العليا، المؤرَّخ في: 1992/06/16، المنشور بالمجلَّة القضائية، الصادرة في: سنة 1995، العدد: 01.

(20)– محمد علي حنبولة، الوظيفة الإجتماعية للملكية الخاصة، دراسة مقارنة في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 1973, ص639.

(21)– محمد صبري السَّعدي، المرجع السابق، ص58.

(22)– العربي بلحاج، أبحاث ومذكِّرات في القانون والفقه الإسلامي، ج1, ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص27.

(23)– محمد علي حنبولة، نفس المرجع، ص640.

(24)– العربي بلحاج، نفس المرجع، ص28.

(25)– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص758،759.

(26)– العربي بلحاج، المرجع السابق، ص34.

– محمد صبري السَّعدي، المرجع السابق، ص67.

(27)– محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص69.

– نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى دراسة القانون، نظرية الحق، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر, 2001، ص323.

– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص743.

(28)– ليلى زروقي، التقنينات العقارية ، العقار الفلاحي، ج1، ط 02، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001 ص 31.

(29)– المرسوم التَّنفيذي، رقم 97–490، المؤرَّخ في: 1997/12/20، المُحدِّد لشروط تجزئة الأراضي، المنشور بالجريدة الرَّسمية، الصَّادرة بتاريخ: 1997/12/21، العدد:84.

(30)– مرسوم تنفيذي رقم: 97– 484 مؤرخ في: 1997/12/15 المتضمن ضبط تشكيلة الهيئة الخاصة، وكذلك إجراءات إثبات عدم استغلال الأراضي الفلاحية، المنشور بالجريدة الرسمية الصادرة في : 1997/12/17، العدد: 83.

(31)— أُنشِأ هدا الديوان بموجب المرسوم التنفيذي رقم: 96 /87 المؤرخ في: 1996/02/24، المعدَّل والمتمَّم، يتضمن إنشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، المنشور بالجريدة الرسمية الصادرة في: 1996/02/28، العدد: 15.

(32)– ليلى زروقي، المرجع السابق، ص 35.

(33)– سماعين شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003، ص284.

(34)– سماعين شامة، نفس المرجع، ص 285–286.

(35)– القانون رقم 08–16، المؤرَّخ في: 2008/08/03، المتضمِّن التوجيه الفلاحي، المنشور بالجريدة ارَّسمية، الصادرة في:2008/08/03.

(36)–مرسوم تنفيذي رقم 490/97، مؤرخ في: 1997/12/20، يحدد شروط تجزئة الأراضي، المنشور بالجريدة الرسمية الصادرة في:1997/12/21، العدد 84.

(37)– نلاحظ أن قانون التهيئة والتعمير هو الآخر قرر حماية العقار الفلاحي عندما نص في المادة 04 منه على أنه " لا تكون قابلة للبناء إلا القطع الأرضية: ... التي تكون في الحدود المتلائمة مع القابلية للاستغلالات الفلاحية عندما تكون موجودة على أراض فلاحية " وهو ما أكدته المادة 48 منه كذلك، راجع القانون رقم: 29/90 المؤرخ في: 1990/12/01 يتعلق بالتهيئة والتعمير المعدَّل والمتمَّم.

(38)– سماعين شامة، المرجع السابق، ص241،287.

(39)– محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص92.

(40)– محمودي عبد العزيز، آليات تطهير وتسوية سندات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، ط 2، منشورات بغدادي، الجزائر، 2010، ص34،35.

(41)– حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص75.

أ.خير الدين فنطازي

الوقف كقيد على سلطة التصرف في الملكية العقارية الخاصة

جامعة قالمة

مقدمة:

لقد عرف الوقف كنظام متميز لإدارة المال منذ العصور القديمة، وان كان لم يعرف بهذا الاسم من قبل، يختلف عن أساليب ادارة الأموال عموما، من خلال عدم قابلية التصرف في الرقبة، مع إمكانية الانتفاع بها لجهة معلومة ومقصودة، وإن كانت له تسميات مختلفة، وأنماط جعلته يختلف عن نظام الوقف الإسلامي التعبدي، فلقد كان قدماء المصريين مثلا يوقفون أموالهم ويحبسون أراضيهم الواسعة قربة للآلهة، ووقفوا البناءات الضخمة للمعابد لإقامة شعائرهم الدينية، وذلك على عهد الأسرة الرابعة، حسب ما رصده المؤرخون ولعل ما وقفه رمسيس الثاني لمعبد "إبيروس" لدليل على ذلك لتكون بذلك هذه الحقبة بداية لظهور هذا النوع من المعاملات في الأموال المتمثلة في خاصية عدم قابلية التصرف في الأموال الوقفية.

غير أنه بتطور الحضارات تطورت نظرة الفرد للوقف بتطور وسائل الحياة فمن خلال الحضارة الرومانية، فعرف الوقف مفهوما وطرق تسيير غير تلك التي سادت في حضارة الفراعنة، إذ أنهم حاولوا تطوير هذا النوع من

المعاملات والاجتهاد والتفنن فيه بشكل خاص، فقد كان أعيان الرومان يوقفون أملاكهم على عشائرهم وأسرهم، فكان يرهن حق الانتفاع بالوقف، للذكور والإناث المعينين من الواقف دون قيد، زيادة على حرية هذا الأخير في تحديد مدة للانتفاع بالوقف، أو جعله مطلقا، فمشروعية الوقف إذن عند الرومان أنه يقوم على حق الانتفاع فقط دون حق الرقبة، مع تحريم التصرف في الوقف بالبيع أو الهبة أو التنازل عنه من قبل المنتفعين به.

وبالإضافة إلى هذا النوع من الوقف، فقد عرف الرومان أيضا النوع الثاني منه، وهو النوع الشائع عندهم والمتمثل في وقف الأملاك على كنائسهم ومعابدهم.

وهكذا ليكون نظام الوقف الذي كان ساريا عند الرومان يختلف عن ذلك الذي استعملته الشعوب القديمة خاصة في الجاهلية، حيث كان الوقف مقصورا على الذكور فقط دون الإناث لتكون إدارة الأملاك الوقفية للأرشد من أولاد الواقف تفاخرا مهم بذلك.

وبمجيء الإسلام تم الإقرار للوقف الصبغة التعبدية المشروعة ، وأصبح نظاما قائما بذاته، ووضعت أحكامه المنضبطة والدقيقة في إطار الشرعية الإسلامية القائمة بالدرجة الأولى على العدالة الاجتماعية، واستمد الوقف بذلك مشروعيته من أفعال قولية وعملية من الكتاب والسنة وعمل الصحابة والتابعين.

حيث ورد في سورة البقرة الآية (**266**): "... يا أيها الذين آمنوا أنفقوا من طيبات ما كسبتم، ومما أخرجنا لكم من الأرض ...".

وقال تعالى: "... وافعلوا الخير لعلكم تفلحون ..." سورة الحج الآية (**75**).

ولقد أجمع الفقهاء أن السنة النبوية أقرت فعلا الأحكام التنظيمية المشروعة للوقف حيث قال الرسول (صلى الله عليه وسلم): "إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له". وقد أجمع الفقهاء على أن الصدقة الجارية هي الوقف، ولقد كان وقف عمر مائة سهم من خيبر أول وقف في الإسلام على المشهور، وقال جابر رضي الله عنه: " ما بقي أحد من أصحاب رسول الله له مقدرة إلا وقف"، وقال النووي عن الوقف: "هو مما اختص به المسلمون".

ويلاحظ أن القليل من أحكام الوقف ثابت بالسنة، ومعظم أحكامه ثابت باجتهاد الفقهاء بالاعتماد على الاستحسان والاستصلاح والعرف.

ولكن إذا كان الحال كذلك، فإنه باعتماد المشرع الجزائري أحكام الشريعة الإسلامية اقرار منه لتبنيه هذا النوع من العقود الذي يشكل في كثير من الأحيان قيدا حقيقيا على سلطة التصرف في الملكية العقارية الخاصة والتي تعد حقا دستوريا.

لذلك اختلف الفقهاء حول طبيعة الوقف وفي مآلاته، وباستطلاع الآراء الفقهية المختلفة والمتضاربة، يجدر بنا طرح التساؤل من خلال طبيعة الوقف في نظر المشرع الجزائري، هل يعد قيدا على الملكية الخاصة أم هو تحصين لها كما يرى البعض؟

وهو الأمر الذي يتوقف عليه التعامل مع الأملاك الوقفية، ويرسم مصيرها بوضوح خاصة حول ما يتفرع عن هذا الإشكال من تساؤلات، تنتج عنه بالطبيعة، ذلك أن الوقف يحتاج في تحديد طبيعته إلى توضيح العقبات التي يواجهها بالأخص تلك التي تتعلق بمسألة التبيد في الوقف، فهل هو مؤبد أم مؤقت، ومدى جواز الرجوع عنه من طرف الواقف، لأن الوقف كنظام حالي لم يأت جملة وإنما تمخضت تفاصيله عن تدرج وتطور تاريخي وتشريعي مهمين تجدر بنا إجلاء معالمهما من خلال هذا البحث المتواضع، ساعين قدر الجهد تناول هذا الموضوع الشائك بالتحليل والتعمق فيه أكثر من جهة نظر المشرع الجزائري وموقفه الرسمي من نظام الوقف بكل ما يطرح من تساؤلات مع ما يكتنف هذا الموضوع من عقبات.

المبحث الأول: ماهية الوقف في التشريع الجزائري:

إن الذي يهمنا بالدراسة في هذا المبحث بالأخص هو ماهية الوقف في التشريع الجزائري من خلال تعريفه وبيان أنواعه، وشروطه والأركان التي يقوم عليها، عبر المطالب التالية:

المطلب الأول: تعريف الوقف وأنواعه.

للوقف عدة مرادفات له، منها الحبس والمنع والتسبيل، وهي مرادفات كثيرا ما تثبت في تعريفه اللغوي والاصطلاحي، والوقف له صور يتجسد من خلالها، فالوقف إما خاص أو ما يعرف بالأهلي أو الذري، وإما عام أو ما يعرف بالخيري.

لذلك سوف نتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الوقف من الناحية اللغوية والاصطلاحية في الفرع الأول، ثم تبيان أنواعه من خلال الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف الوقف.

لغة: يقال الحبس والمنع، فيقال وقفت الدار أي حبستها، كما أن الوقف قد يدل على الكثير من المعاني منها: الحبس والمنع والتسبيل، وهي المعاني التي ينعقد بها الوقف دون غيرها، ولها معنى واحد وهو الحبس عن التصرف.

فيقال: وقفت كذا .. أي حبسته، ولا يقال: أوقفته .. لأنها لغة رديئة يلفظها العامة ويقال أحبس وليس حبس، فالأولى فصيحة والثانية رديئة[1].

وأما في **الاصطلاح** القانوني فنجد أن الوقف عرفته نصوص قانونية عديدة منها: قانون الأسرة الجزائري وقانون التوجيه العقاري وقانون الأوقاف.

فلقد عرف المشرع الجزائري الوقف في قانون الأسرة الجزائري رقم **11/84** المؤرخ في: **09** جوان **1984**، في المادة **213** بقوله: "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصديق".

ثم جاء قانون الأوقاف رقم **10/91** المؤرخ في: **27** أفريل **1991** في المادة **03** بتعريف أعم، إذ نصت على ما يلي: "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة على الفقراء، أو على وجه من وجوه البر والخير"

الفرع الثاني: أنواع الوقف:

إنه وحسب الجهة التي يؤول إليها الوقف، قسم المشرع الجزائري الوقف إلى نوعين أو قسمين هما: الوقف الخاص والوقف العام، وهو ما يعرف في دول المشرق العربي والخليج العربي بـ: الوقف الأهلي والوقف الخيري.

لقد تجاهل المشرع الجزائري باقي التقسيمات الأخرى التي اعتمدها الفقهاء وحتى القواعد في باقي الدول العربية والإسلامية الأخرى[2]، حيث قاموا بتقسيمه بحسب المعيار الزمني إلى وقف مؤبد وآخر مؤقت، وقسموه بحسب جهة إدارته إلى: وقف نظامي وملحق ومستقل[3].

القسم1: الوقف العام.

ان المشرع الجزائري اعتمد في تعريفه للوقف العام على معيار أو فكرة الخيرية، حيث نص في المادة **06** من قانون الأوقاف رقم **10/91** على أن: " ... الوقف العام ما حبس على جهات خيرية من وقت إنشائه، ويخصص ريعه للمساهمة في سبل الخيرات ...".

- قسم عام يحدد فيه الجهة، فلا يصح صرف هذا الريع على غيره من وجوه الخير، إلا إذا استنفد، ومثال ذلك وقف عقار لبناء وتجهيز مدرسة قرآنية، ففي الجهة الوحيدة التي يصرف لها هذا الريع دون غيرها.
- وقسم لا يعرف فيه جهة الخير التي يقصد بها الواقف، فيكون الوقف غير محدد الجهة وهنا يصرف ريعه في شتى سبل الخيرات، كنشر العلم وتشجيع البحث فيه، وفي سبل الخيرات.

وهو الحل المعتمد من طرف المشرع، وهو المقصود بالمادة (**06**) السالفة الذكر وذلك من خلال الفقرة الثانية منها.

ولقد قام المشرع بحصر الأوقاف العامة، وذلك من خلال ما جاء في المادة (**08**) من القانون رقم : **10/91** المتعلق بالأوقاف المذكور أعلاه بقولها:

(الأوقاف العامة المصونة هي:

1. الأماكن التي تقام فيها الشعائر الدينية.
2. العقارات أو المنقولات التابعة لهذه الأماكن ، سواء كانت بعيدة عنها.
3. الأموال والعقارات والمنقولات المرفوقة على الجمعيات والمؤسسات والمشاريع الدينية.
4. الأملاك العقارية المعلومة وفقا والمسجلة لدى المحاكم.

5. الأملاك التي تظهر تدريجيا بناء على وثائق رسمية، أو شهادات أشخاص عدول من الأهالي وسكان المنطقة التي يقع فيها العقار.

6. الأوقاف الثابتة بعقود شرعية، وضمت إلى أملاك الدولة، أو الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين.

7. الأوقاف الخاصة التي لم تعرف الجهة المحبس عليها.

8. كل الأملاك التي آلت إلى الأوقاف العامة ولم يعرف واقفها، ولا الموقوف عليها، ومتع عليها أنها وقف.

9. الأملاك والعقارات والمنقولات الموقوفة أو المعلومة وقفا، والموجودة خارج الوطن تحدد عند الضرورة كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم.).

10. لقد لجأ المشرع إلى تعداد الأملاك الوقفية العامة، إضافة إلى ما سبق وأن اعتمده من قبل من معيار في تحديد مفهوم الوقف العام.

القسم2 : الوقف الخاص.

إنه وبعد التطرق بالدراسة والتحليل للوقف العام، فإنه من خلال هذا القسم سوف نتناول النوع الثاني من الوقف، وأهم نوع في ذات الوقت وهو: "الوقف الخاص":

مفهوم الوقف الخاص:

الوقف الخاص هو كل ما رصد الواقف استحقاقه وريعه على ذريته وأولاده من الذكور والإناث، أو على أشخاص يختارهم الواقف بإرادته، ثم إلى الجهة التي يؤول إليها بعد انقطاع الموقوف عليهم.

ولقد نص المشرع في أول تشريع وقفي في الجزائر المستقلة من خلال المرسوم رقم **283/64** المؤرخ في: **1964/09/17** المتضمن نظام الأملاك الحبسية العامة، حيث جاء في المادة **01** منه أن: "تنقسم الأملاك الحبسية أو الموقوفة إلى قسمين: الأحباس العمومية والأحباس الخاصة ..." ثم أشار إلى مشتملات الوقف الخاص في الفقرة الأخيرة من هذه المادة بقوله: " ... أما الأحباس الخاصة، فتشتمل أملاكا يخصص المحبس منعتها لمستحقين معينين، وعند انقراضهم تضم إلى عموم الأوقاف" ثم ضبط المشرع تعريفه أكثر من خلال قانون الأوقاف رقم **10/91** المؤرخ في: **27** أفريل **1991** في المادة **2/6** بقوله: " ... الوقف الخاص هو ما يحبسه الواقف على عقبه من الذكور والإناث أو على أشخاص معينين، ثم يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم".

فالوقف الخاص هو ما يحبسه الشخص "الواقف" على أشخاص معينين بصفاتهم، عادة لا بأسمائهم، كان يقول: "على أعقابي وأعقاب أعقابي من الورثة، إلى أن يرث الله الأرض وما عليها" أو يقول: "وقفت أرضي هذه على ولدي"، أو قوله: "على ولدي وولد ولدي" أو قوله: "على أولادي".

مشروعية الوقف الخاص:

هناك العديد من فقهاء الشريعة، وحتى فقهاء القانون من يقرون بعدم شرعية الوقف الخاص، معتبرين بأن فيه مخالفات لتعاليم الدين الإسلامي، خاصة إذا تعلق بعقبه الذكور فقد، حيث اعتبروه حرمانا للورثة خاصة الإناث منهم من حقهم في الإرث، ويقول بعضهم أن تعدد العقب في الوقف، من ذكور وإناث سوف يجعل لا محالة نصيب المستحقين له ضئيلا، وهذا ما يؤدي إلى إهماله، كما استدلوا في ذلك بأن إجازة الوقف تعني خروج الموقوف عن الملك الواقف لا إلى مللك أحد، وهذا يعني أنه سائبة، ولا سائبة في الإسلام.

غير أنه قد دلت على مشروعيته أحاديث كثيرة منها:

حديث ابن عمر: "أن عمر أصاب أرضا من أرض خيبر فقال: يا رسول الله، أصبت أرضا بخيبر، ولم أصب مالا قط أنفس عندي، فما تأمرني؟ فقال: "إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها"، فتصدق بها عمر، أن لا تباع ولا توهب ولا تورث، في الفقراء وذوي القربى، والرقاب والضيف، وابن السبيل، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، ويطعم غير متمول." ... (أي غير متخذ منها ملكا).

قال ابن حجر في الفتح: "وحديث عمر هذا أصل في مشروعية الوقف".

فهذا الحديث يدل على أن الوقف لازم بنوعيه، الخيري والأهلي، أو الخاص والعام، لأن عمر رضي الله عنه، جعل من مصارفه لذوي القربى.

كذلك ورد في البخاري أن أنسا رضي الله عنه، وقف دارا له وكان إذا قدم نزلها، وأن الزبير تصدق بدوره وقال: "للمردودة من بناته أن تسكن غير مضرة ولا مضار بها، فإن استغنت بزوج فليس لها حق، وجعل ابن عمر نصيبه من دار عمر سكني لذوي الحاجات من آل عبد الله.

فهذه الأحاديث والآثار هي قل من كثير، تدل على مشروعية ا لو قف بنوعيه، وأنه لا ينفي مشروعية الوقف الخاص دون العام، كما ذهب الكثيرون من الفقهاء، بل وحتى القوانين التي أخذت عنهم، فتنكرت لهذا النوع بالذات، رغم أنه وسيلة من وسائل القربى من الله، وباب من أبواب الخير والمثوبة.

كما قد يكون الوقف الواحد يجمع ما بين النوعين: العام والخاص معا، كما في أحباس الزوايا التي يكون مصرفها عائدا في آن واحد للأغراض ذات المصلحة العامة ولفائدة أشخاص معنيين ولذريتهم، وهي تعرف في القوانين المقارنة بـ: الأحباس المشتركة.

المطلب الثاني: أركان الوقف:

انه من الضروري التطرق إلى الكشف عن الأركان التي يقوم عليها الوقف في نظر المشرع الجزائري في الفرع الأول من هذه الدراسة، ثم التطرق إلى إبراز الشروط التي وضعها المشرع، حتى يرتب الوقف آثاره القانونية من خلال الإجراءات التي نص المشرع على ضرورة الأخذ بها، مع ما يترتب من نتائج عن تخلفها. كل ذلك من خلال ما سوف نتطرق إليه في الفرع الثاني، على النحو التالي:

الفرع الأول: أركان الوقف.

هناك من حصر الوقف في ركن واحد وهو"الصيغة" الدالة عليه أو على إنشائه، وهذا انطلاقا من التفسير الذي أعطى للركن أنه جزء من حقيقة الشيء[4].

وعند غير هؤلاء فهي أربع أركان يقوم عليها الوقف، وما الصيغة إلا ركن من أربعة وهذا الرأي الأخير هو الذي يعبر عن موقف المشرع الجزائري بين هذه الآراء [5]. ذلك أنه وانطلاقا من التفسير القانوني للركن على أنه كل ما يتوقف عليه الشيء، جعل بذلك أركانه أربعة، حيث نص في المادة **09** من قانون **10/91** المتعلق بالأوقاف على ما يلي:

" أركان الوقف هي:

1. الواقف.

2. محل الوقف.

3. صيغة الوقف.

4. الموقوف عليه ...."

سنوضح بالبيان كل ركن من هذه الأركان، وما يستلزمه القانون من شروط حتى يكون هذا الركن قانونيا، من خلال الآتي:

القسم 1: الواقف.

الواقف هو الشخص الذي يصدر منه تصرف قانوني من جانبه، من شانه أن يغير ملكية العقار الموقوف ويجعله غير مملوك لأحد من العباد، وينشئ حقوقا عينية فيه للموقوف عليهم"[6]، ويجعله خاضعا لنظام خاص يقرر القانون قواعده، وتتناول الشريعة الإسلامية أحكامه بكثير من التفصيل.

ومع أن الواقف إرادته في الوقف محترمة إلا أنها مقيدة بأحكام الشارع، التي يفترض في الواقف جملة من الشروط حتى تصرفه ويكون نافذا في حق الغير.

ولقد أتى المشرع الجزائري على ذكر الشروط التي اشترط توافرها فيه من خلال المادة **10** من القانون السالف الذكر، حيث نص على ما يلي:

"يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحا ما يأتي:

1. أن يكون مالكا للعين المراد وقفها، ملكا مطلقا.

2. أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله، غير محجور عليه لسفه أو دين."

لذلك فإن شروط الواقف في نظر القانون هي:

أولا: أن يكون الواقف مالكا للعين الموقوفة:

لقد اشترط المشرع في الواقف أن تكون ملكيته للعين الموقوفة ملكية مطلقة حيث جاء في نص المادة السالف ذكرها: "أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكا مطلقا".

وعليه ينبغي أن يكون الواقف مالكا للشيء الموقوف **ملكا تاما** ، حتى يستطيع التصرف فيه، ذلك أنه إذا لم يكن مالكا، كان وقفه كالعدم، ففاقد الشيء لا يعطيه، والعبرة فيه أن من ملك الشيء ملك منفعته، ومن ملك منفعة الشيء فبإمكانه أن يمكن غيره من الانتفاع بذلك الشيء.

ثانيا: أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله.

ومفاد هذا الشرط أن المشرع يشترط في الواقف أن يكون أهلا لممارسة التصرفات الإرادية، والتي من جملتها الوقف، فينبغي أن الواقف **"ممن يصح تصرفه"** ومن يصح تصرفه في نظر المشرع هو الشخص المالك الذي لا تشوب إرادته عارضا من عوارض الأهلية، ومن ثمة ينبغي أن يكون عاقلا غير مجنون ولا معتوه، وأن يكون بالغا، راشدا وفق ما يشترطه سن الرشد المنصوص عليه في القانون، وغير محجور عليه.

1: العقل.

فالمجنون لا يصح وقفه، لأن الوقف تصرف يتوقف على التمييز ولا تمييز عند المجنون، فلو كان الجنون متقطعا ووقف في حال إفاقته، كان وقفه صحيحا، وإن طرأ عليه الجنون بعد ذلك فلا يؤثر في صحة الوقف، والمعتوه حكمه حكم المجنون إذ لا يصح وقفه [7]، وهذا ما أكده المشرع الجزائري صراحة في المادة **31** من قانون الأوقاف رقم **10/91** التي تنص على أنه: "لا يصح وقف المجنون والمعتوه لكون الوقف تصرف يتوقف على أهلية التسيير، اما صاحب الجنون المتقطع فإنه يصح أثناء إفاقته وتمام عقله، شريطة أن تكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية".

2: البلوغ.

فالصبي لا يصح وقفه، مميزا كان أو غير مميز، لأن المميز ليس أهلا للتبرعات، وغير المميز ليس أهلا للتصرفات، ولقد نص المشرع الجزائري من خلال قانون الأوقاف السالف الذكر، في المادة **30** منه على أن: "وقف الصبي غير صحيح مطلقا، سواء كان مميزا أو غير مميز ولو أذن بذلك الوصي". ومفاد ذلك أن كل وقف يصدر عن شخص لم يبلغ سن الرشد عموما، فإن ذلك الوقف يكون غير صحيح مطلقا على حد قول المشرع، أي أنه باطل كون أنه لا يجوز تصحيحه بأي إجازة، حتى ولو أجازه الوصي وأذن به.

3: أن يكون غير محجور عليه لسفه أو دين.

لقد اشترط المشرع خلو الواقف من موانع أخرى من موانع التصرف، وهي الحجر على الواقف لسفه أو دين، إذ ينبغي أن لا تكون يد الواقف قد غلت عن أمواله بالحجر عليه من احد أقاربه أو من له مصلحة أو نيابة عليه.

أ: أن لا يكون محجور عليه لسفه.

وهو مقتضى المادة **2/10** من قانون الأوقاف التي نصت على أنه: "... أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله، غير محجور عليه لسفه أو دين". وقد نص المشرع على حكم تصرفاتهم في حالة الحجر، من خلال قانون

الأسرة حيث نصت المادة **107** منه على أن تصرفات المحجور عليهم بعد الحجر باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها.

ب: أن لا يكون محجورا عليه لدين.

وعلى هذا فإنه إذا وقف شخص جميع أمواله أو بعضها إضرارا بدائنيه، كان وقفه باطلا بنص المادة **2/10** من قانون الأوقاف السالف ذكرها.

وتفسير ذلك أن المشرع يعتبر بان أموال المدين في هذه الحالة ضامنة لوفاء ما عليه من ديون ولذا يمنع جميع تبرعاته من وقف وهبة ونحوهما فيما يضر بدائنيه[8].

لذلك ينبغي أن نميز بين ما إذا استغرق الدين جميع الأموال الموقوفة، أم لم يستغرقها كلها:

- فلو استغرق الدين جميع الأموال الموقوفة، فإن وقفه يتوقف على إجازة الدائنين، إذا الواقف محجور عليه، ذلك أنه إذا حجر على المدين بطلب الغرماء الدائنين، فإنه لا يجوز له بعد الحجر عليه أن يتصرف في ماله بأي تصرف يضر دائنيه، وعلى هذا فإن صحة وقفه متوقفة على إجازة الدائنين، فإن أجازوه نفذ، وإن لم يجيزوه كان لهم حق طلب إبطاله.

وإن لم يكن محجورا عليه، فإن وقف المدين حال صحته وقبل الحجر عليه صحيح نافذ لا ينقضه أصحاب الديون، ولا يتوقف على إجازتهم[9]، غير أن للدائنين مقاضاة الواقف المدين الذي استغرق الدين كل أمواله، إذا رأوا بأن وقف المدين هذا فيه هروب من الديون خاصة إذا كان وقفا على أولاده، ولا يمكننا أن نأخذ بالعكس، خصوصا وإن تقدم الدين على الوقف[10].

- وأما إذا لم يستغرق الدين كل أموال الواقف، فإنه يجوز وقفه هذا، كما لو وقف ما زاد على ما يفي بدينه، فالوقف صحيح نافذ في حق الدائنين، ولا يتوقف على إجازة أحد منهم، وأما إذا كان المال الموقوف مما يتوقف به الدين، فإنه يتطلب إجازة الدائنين له، باعتبار أن حقهم متعلقا بجزء من الوقف يعادل دينهم، هذا ما لم يكن محجورا عليه، لأن المحجور عليه كما سبقت الإشارة إليه، يتوقف نفاذ وقفه على إجازة الدائنين سواء شمل الوقف المال كله او بعضه.

ج: أن لا يكون مريضا مرض الموت:

مرض الموت الذي يؤثر في التصرفات هو المرض الذي يخاف منه الموت ويتصل الموت به.

ويلحق حكم الوقف في مرض الموت حكم وقف المجنون والسفيه وذي الغفلة.

ولقد كان الفقهاء قديما لا يستطيعون الجزم بأن المرض مرض الموت، إلا إذا مات الواقف من جرائه فعلا، غير أن الأمور تغيرت في عصرنا هذا، أين تطور العلم و الطب، وأصبح بإمكان أهل الواقف أو أقاربه وحتى دائنيه، معرفة ما إذا كان الواقف قد وقف أمواله وهو في حالة مرض الموت، حتى ولو كان الواقف لا يزال على قيد الحياة.

إلا أنه اختلفت آراء الفقهاء في مدى صحة وقفه وفي مدة لزومه، غير أن المشرع الجزائري حسم الأمر بموقف صريح، حيث نص في قانون الأوقاف رقم **10/91** في المادة **32** على ما يلي: "يحق للدائنين طلب إبطال وقف الواقف في مرض الموت، وكان الدين يستغرق جميع أملاكه".

حيث قررت للدائنين حق طلب إبطال وقف هذا المدين ولكن بشرطين:

الشرط1: أن يكون قد وقف أملاكه وهو في حالة مرض الموت.

الشرط 2: أن يكون الدين استغرق جميع أملاكه.

القسم 2: محل الواقف:

محل الوقف هو العين المحبوسة التي تجري عليها أحكام الوقف، وثاني ركن نص عليه المشرع من خلال المادة **096** من القانون رقم **10/91** المتعلق بالأوقاف، ولقد بين المشرع الجزائري طبيعة محل الوقف من خلال ما ورد في المادة **11** من نفس القانون، حيث صرح بأن العين الموقوفة قد تكون: "عقارا أو منقولا أو منفعة"، علما بأن أغلب الأوقاف عموما. تكون ذات طبيعة عقارية وبصورة أقل وقف المنفعة، وأما وقف المنقول فهو نادر نوعا ما إلا إذا كان تابعا لعقار محبس فهو يتبعه في الوقف، ولذلك فإن المشرع يسوي في أحكام الوقف بين ما إذا كان الموقوف عقارا أو منقولا أو منفعة، ويستوي أيضا ما دخل في الوقف أصلا أو ما دخل فيه تبعا [11]. غير أن المشرع الجزائري اشترط في محل الوقف جملة من الشروط لصحة الموقوف، تضمنتها أحكام المادة **11** من قانون الأوقاف السالف الذكر، حيث يمكن بيانها في الآتي:

1. **أن يكون محل الوقف معلوما محددا.**
2. **أن يكون محل الوقف مشروعا.**
3. **أن يكون محل الوقف مفرزا.**

القسم3: صيغة الوقف:

الصيغة هي العبارة التي يؤدى بها الوقف، وهي إحدى الأركان الأربعة التي يقوم عليها الوقف حسب التشريع الجزائري، والذي وافق جمهور الفقهاء في اعتبار الصيغة ركن من الأركان الأربع، ولقد ركز المشرع على الصيغة من خلال المادة **09** من القانون **10/91** المتعلق بالأوقاف، والتي رتب المشرع البطلان على تخلفها.

ويقصد بالصيغة في الوقف: الإيجاب الصادر عن الواقف، باعتباره تصرفا صادرا من جهة واحدة وبإرادة منفردة من الواقف، والصيغة هي التعبير عن تلك الإرادة الكامنة لديه، وينعقد الوقف في صور مختلفة، عددتها المادة **12** من القانون السالف الذكر، بقولها: "تكون صيغة الوقف باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة.." وهي نفس الصور المنصوص عليها في القواعد العامة المقررة في القانون المدني، وهي صور التعبير عن الإرادة نفسها التي وردت في

المادة **60** من القانون المدني الجزائري بأن: 'التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا'.'.

شروط الصيغة:

إن الصيغة لا تكون صحيحة ولا تكفي لإنشاء الوقف إلا إذا توافرت لها شروط معينة تتحقق بها الصيغة وهي:

1. **أن تكون الصيغة تامة ومنجزة.**
2. **أن تكون الصيغة دالة على التأبيد.**
3. **عدم اقتران الصيغة بشرط باطل.**
4. **جواز اقتران الصيغة بالشروط الصحيحة.**

القسم 4: الموقوف عليهم.

الموقوف عليهم هم كل من يستحق الانتفاع بالعين الموقوفة، بمقتضى حجة الوقف، سواء كان الموقوف عليه الواقف ذاته وهو الوقف على النفس، او غيره من ذوي القربى أو مواضع البر والإحسان، وهي جهات كثيرة ومتعددة، سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين وفي ذلك نصت المادة **13** من قانون الأوقاف السالف الذكر على أن: "الموقوف عليه هو الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف، ويكون شخصا معلوما طبيعيا أو معنويا".

أولا: الوقف على النفس.

الوقف على النفس هو أن يجعل الواقف لنفسه الغلة من العين الموقوفة كلها أو جزاءا منها ما دام حيا، كما لو قال: "أرضي هذه صدقة موقوفة أبدا لفلان أو للجهة الفلانية على شرط أن تكون غلتها لي ما دمت حيا".

إلا أن حكم الوقف على النفس فيه خلاف بين الفقهاء حول مدى جوازه، فقال بعضهم بعدم صحة الوقف على هذا الوجه لأن الوقف تبرع، واشتراط الواقف الغلة لنفسه يبطله[12].

ويقول البعض الآخر بجواز الوقف على النفس ثم على جهة بر يعينها الواقف، وهو المشهور، فيصح لديهم الوقف والشرط معا:

لقوله صلى الله عليه وسلم أيضا: "أبدأ بنفسك فتصدق عليها". وأن عمر رضي الله عنه قد وقف أرضا بخيبر وجعل لمن ولي صدقاته التي وقفها أن يأكل منها بالمعروف، ولم يكن ثمة مانع من أين يليها هو، وأن أنسا رضي الله عنه وقف دارا بالمدينة فكان إذا قدم إلى الحج نزلها، وكذا الصحابة والتابعين، وهذا يدل على أن انتفاع الواقف بالوقف لا ينافي مقتضاه، لتكون هذه الأدلة سندا في صحة هذا التصرف.

ثانيا: الوقف على الأهل.

ولقد سمي بالأهلي، لصرف منافعه على الأهل والأقربين للواقف، فقد يخص الشخص أولاده ببعض أمواله، وقد يؤثر زوجته أو زوجاته حسب الحالة، وقد يصرف وقفه إلى ذوي القربى من ذوي رحمه، وكل ذلك سبق التطرق إليه في الوقف الخاص، وهو من القربات[13]، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: **"**صدقة الرجل على غير رحمه صدقة، وصدقة الرجل على رحمه صدقة وصلة**"**. ويعتبرون من الموقوف عليهم وهم في نظر القانون كذلك يتوقف استحقاقهم للوقف على قبولهم له، فإن رفضوه يكون بمثابة التنازل عن حقهم في ذلك الاستحقاق.

ثالثا: الوقف على جهات البر.

وجهات البر في الإسلام كثيرة ومتعددة، والمستحقين للإحسان في المجتمع كثيرون، فقد يكون الموقوف عليهم: مسنين عجزة، أو مراكز المعوقين، أو المستشفيات، أو الجمعيات الخيرية، ودور الأيتام، بل وقد تنصرف حتى إلى تجهيز الجنود وقت الحروب والأزمات، وقد يكون الموقوف عليهم شباب محتاج إلى الزواج، أو نساء أرامل وثكلى، وكلهم جهات بر ومواضع قربات الله عز وجل، وغيرها كثير وكثير، لا يمكن عدها ولا إحصائها.

المطلب الثالث: مميزات الوقف كقيد على سلطة التصرف في الملكية:

إنه من الأهمية بمكان أن نشير أنه مهما كانت طبيعة الوقف، شكلا ومضمونا فإنه ينبغي أن نعرج على مدى معرفة الخصائص المميزة للوقف باعتباره عقد ليس كباقي العقود الأخرى تكوينا وتقنيا.

1. الوقف قيد يصنف ضمن الحقوق العينية:

إن الوقف حق عيني متميز باعتباره تصرف يرد على حق الملكية، فيغير من طبيعتها، فيجعلها غير قابلة للتداول، ولا تكون للموقوف عليه سوى التصرف في المنفعة[14].

فاعتبره فقهاء القانون من الحقوق العينية، باعتبار أن من شأنه أن يغير ملكية العقار، فيجعله غير مملوك لأحد، وينشئ حقوقا عينية للمستحقين.

وإن كان قد ذهب بعض الشراح القانونيين، إلى اعتباره حق شخصي اعتمادا على أنه ينقل حق الانتفاع للموقوف عليه لا ملكية الرقبة.

لذلك نقول إن اعتبار حق الموقوف عليه حقا عينيا، يؤدي إلى انتقال الحق لورثته وهكذا، في حين أن حق الانتفاع في الوقف هو مقرر للموقوف عليه، بصفته أو اسمه يجعل لشخصية الموقوف عليه اعتبار في العقد، فإن مات انتقل هذا الحق إلى الموقوف عليهم أو الجهة الموقوف عليها في عقد الوقف مباشرة.

2. الوقف قيد له شخصية اعتبارية:

يقصد بالشخصية الاعتبارية أو المعنوية، الجماعة من الأشخاص الطبيعيين التي تجمعت في شكل منظم، بقصد تحقيق غرض معين كالشركات والجمعيات.

وبعض مجموعات الأموال المرصودة لتحقيق غاية معينة: كالوقف والمؤسسات الخاصة [15]، ويرى بعض فقهاء القانون أن فكرة الشخصية الاعتبارية، لم تكن بعيدة عن الفقه الإسلامي الذي رتب لها أحكاما، وإن لم يسمها

بهذه التسمية، وفكرتها واضحة جلية في نظام الوقف. ففكرة الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي تعتمد على عناصر أساسية هي:

- وجود مال مرصود لتحقيق هدف معين.
- ونظام محدد لإدارته، يحكم تصرفاته ويبين هدفه.
- مع وجود شخص طبيعي يعبر عن إرادته.
- ويكون له حق التقاضي والدفاع عن مصالحه.
- يضاف إليها وفقا للتشريعات المعاصرة، اعتراف الدولة بالشخصية المعنوية.

إن المشرع الجزائري جعل الوقف متميزا بالشخصية الاعتبارية، وفقا لنص المادة **05** من القانون رقم **10/91** المتعلق بالأوقاف، والتي تنص على أن الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين، ويتمتع بالشخصية المعنوية وتسهر الدولة على احترام ملك إرادة الواقف وتنفيذها، كما أكد المشرع على هذه الخاصية من خلال المادة **49** من القانون المدني [16] المعدلة والمتممة بالمادة **21** من القانون **10/05** المؤرخ في: **20** يونيو **2005** والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، حيث أصبحت المادة **49**: "الأشخاص الاعتبارية هي:

- الدولة، الولاية، البلدية.
- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.
- الشركات المدنية والتجارية.
- الجمعيات والمؤسسات.
- الوقف.
- كل مجموعة من الأشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية".

ويسري هذا النص حتى على الأوقاف القديمة التي أنشئت قبل صدور القانون الوقفي إذا ما روعيت في إنشائها التقيد بقواعد فقهية ثابتة.

3. الوقف قيد يحميه القانون:

إن مسألة حماية الوقف، تشكل بحق مسالة حيوية وقضية جوهرية، تتحكم إلى حد بعيد في حياة الملكية الخاصة عموما في البلاد، وتؤثر أساس على مستقبلها، وعليه فإن توفير حماية قانونية للملك الوقفي عن طريق تحصينه كقيد، من شأنها أن تساهم في تطوير خدمة المركز القانوني للوقف، وتشجع المتبرعين في الإقبال عليه.

لذا نجد أن هناك ترسانة من القوانين خصصت أحكاما تفصيلية لهذه الحماية، في كل من القانون المدني، القانون الجنائي، القانوني الإداري وقانون التوجيه العقاري.

إذ أنه لا جدوى من الاعتراف بالملك الوقفي، إن لم تكن هناك وسائل وأدوات قانونية ناجعة تحميه وإلا كان للوقف وجود مادي دون وجود قانوني.

فما هي نوع الحماية المقررة للملك الوقفي في القانون الجزائري؟

أ. الحماية في القانون المدني:

يعد القانون المدني أول قانون يؤكد على حماية الملكية العقارية بوجه عام من المواد (**674** إلى **689**) من المر رقم **58/75** المؤرخ في: **1975/09/26** المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم **10/05** المؤرخ في: **20** يونيو **2005**.

إلا أن وضعية الأملاك الوقفية في البلاد ظلت بحاجة إلى نصوص قانونية أقوى، ترفع عنها ما أصابها من انتهاكات من قبل الأفراد، أو من قبل الإدارة بالأخص ما سببه لها قانون الثورة الزراعية وهو الأمر رقم **73/71** المؤرخ في: **1971/11/08** من التعدي.

ب. حماية الوقف من خلال قانون التوجيه العقاري:

إن القانون رقم **25/90** المؤرخ في: **1990/11/18** : المتضمن قانون التوجيه العقاري جاء لإعادة الاعتبار للمكية العقارية عموما [17]، وللأملاك الوقفية خصوصا حيث ألغى الأمر رقم **73/71** المؤرخ في: **1971/11/08** المتعلق بالثورة الزراعية بحيث قرر استرجاع الأراضي الزراعية الموقوفة المؤممة، إلى المنتفعين بها (الموقوف عليهم)، وهم المستحقين الحقيقيين لها، وفي هذا الإطار تم تحديد أصناف الملكية العقارية في الجزائر، وجعل هذا القانون الأملاك الوقفية صنفا مستقلا بذاته، من بين الأصناف الأخرى، وذلك بموجب المادة (**23**) منه، والتي تنص على أنه: "تصنف الأملاك العقارية على اختلاف أنواعها ضمن الأصناف القانونية التالية:

- الأملاك الوطنية.
- أملاك الخواص أو الأملاك الخاصة.
- الأملاك الوقفية."

وقرر حمايتها [18]. غير أن ما جاء في قانون التوجيه العقاري من اعتراف بالأملاك الوقفة، وضرورة تسوية وضعيتها لقيت عراقيل جمة، حالت دون استرجاع الموقوف عليهم للأملاك التي حرموا من حقهم في الانتفاع بها، واستحال عليهم المطالبة باسترجاعها.

ج – الحماية من خلال قانون الأوقاف:

إنه وبعد أن حدد قانون التوجيه العقاري الإطار العام والقانوني للأملاك الوقفية، ليأتي بعده المشرع بقانون خاص بالأوقاف، ينظمه وييسره ويقرر حمايته، وهو القانون رقم **10/91** المؤرخ في: **27** أفريل **1991**: المتضمن قانون الأوقاف، جاعلا من أولوياته السعي للحفاظ على ما تبقى من الأملاك الوقفية، ومحاولا مواصلة استرجاع الأوقاف التي تم الاستيلاء عليها، حيث نصت المادة (**36**) منه على أنه: "يتعرض كل شخص يقوم باستغلال

ملك وقفي بطريقة مستترة أو تدليسية أو يخفي عقود وقف او وثائقه أو مستنداته، أو يزورها إلى الجزاءات المنصوص عليها في قانون العقوبات".

د – الحماية الجزائية للملك الوقفي:

لقد سبق وأن تعرضنا للمادة (**36**) من قانون الأوقاف رقم **10/91**، والتي نصت على أنه: "يتعرض كل شخص يقوم باستغلال الملك الوقفي بطريقة مستترة أو تدليسية، او يخفي عقود وقف أو وثائقه أو مستنداتها و يزورها، إلى الجزاءات المنصوص عليها في قانون العقوبات." ولقد ذهب قانون العقوبات الجزائري في هذا الشان بمعاقبة الجاني المنتهك للأملاك الوقفية بالذات، بالعقوبات المقررة للجنايات والجنح، الواردة على الأموال، بحي تنص المادة (**386**) منه على أنه: "يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات، وبغرامة بـ **2000** إلى **20000** دج ، كل من انتزع عقارا مملوكا للغير خلسة، أو بطريق التدليس، وإذا كان انتزاع العقار قد وقع ليلا بالتهديم أو العنف أو بطريق التسلق أو الكسر، من عدة أشخاص أو محل حمل ظاهر أو مخبأ بواسطة واحد أو أكثر من الجناة، فتكون العقوبة الحبس من سنتين إلى عشر سنوات، والغرامة من **10000** إلى **30000** دج".

وأما المادة (**387**) منه فتنص على أن: "كل من أخفى عمدا أشياء مختلسة أو مبددة أو متحصلة من جناية او جنحة في مجموعها، أو في جزء منها، يعاقب بالحبس من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر وبغرامة من **500** إلى **20000** دج، ويجوز أن تتجاوز الغرامة **20000دج** حتى تصل إلى الضعف بالحرمان من حقه أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة (**14**) من هذا القانون لمدة سنة على الأقل، وخمس سنوات على الأكثر".

كما نصت المادة (**388**) منه أيضا على أنه: "في حالة ما إذا كانت العقوبة المطبقة على الفعل الذي تحصلت عنه الأشياء المخفاة، هي عقوبة جناية يعاقب بالعقوبة التي يقررها القانون بالجناية، وللظروف التي كان يعلم بها وقت الإخفاء، ومع ذلك فإن عقوبة الإعدام تستبدل بالنسبة للمخفي بعقوبة السجن المؤبد، ويجوز دائما الحكم بالغرامة المنصوص عليها في المادة **387"**

ولذلك فإن المشرع قد تشدد في حماية الأموال عموما، والأموال الموقوفة من ضمنها، إلى درجة تسليط عقوبة السجن المؤبد عن جرائم التعدي على الملكية العقارية، إلا أن الغرامة المالية المفروضة على الجاني فإن قيمتها رمزية بالنظر إلى القيمة المالية للأملاك الوقفية المعتدى عليها، وإلى القيمة التعبدية لها، نظرا لقداسة هذه الأملاك.

هـ. الحماية الإدارية للوقف:

إنه وفي إطار حماية الأملاك العقارية الوقفية، من خلال تكريس حماية قانونية متميزة له عبر ترسانة من القوانين المتفرقة في العديد من القوانين، فإن للإدارة الدور الفعال في تكريس هذه الحماية من جهتها، وذلك من خلال لاسعي في متابعة المخالفات والتجاوزات التي من شانها الإضرار بالملك الوقفي، أو تغير من طبيعته سواء كان

الوقف بناء أو أرضا قابلة للبناء، أو كان عقارا فلاحيا، ولتحقيق هذه الأهداف وتكريس هذه الحماية، فإن الإدارة تملك صلاحيات وامتيازات تخولها الحد من هذه المخالفات عبر إجراءات قانونية محددة:

4. الوقف يتمتع بالحماية القضائية:

إن للقضاء دور مهم في حماية الأملاك الوقفية، جعلته يتميز بها، حيث قرر في العديد من الأحكام والقرارات عدم جواز التعدي على الملك الوقفي، كما تصدى لكثير من المشاكل التي يعاني منها الوقف وسعى جاهدا في تكريس الحماية المدنية والجزائية وغيرها من أنواع الحماية القانونية التي سبق التعرض إليها، محاولا تطبيقها وتجسيدها في أرض الواقع وإعطاء القوة لها لتنفيذها وإلا بقيت حبرا على ورق، حيث أصدر أحكاما تدين وتعاقب على كل تعدي حاصل على الملك الوقفي، وتعاقب عليه بالعقوبة المنصوص عليها في المادة (**386**) من قانون العقوبات، وبالتالي فإن الموقوف عليه يملك حق الانتفاع بالعين الموقوفة، ولا يمكن نزع هذا الحق من صاحبه، كما حرم إبطاله بأي وجه من الأوجه ما دام أن مؤسسه أنشأه على قواعد سليمة كما هو وارد في القرار رقم: **42791** المؤرخ في: **1986/05/05** – غير منشور– وغيره من القرارات التي تعزز مكانة الوقف وتصونه.

5. الوقف قيد يمنع اكتساب الملكية بالتقادم:

إن الوقف باعتبار أنه يغير من ملكية العقار، فيجعله غير قابل للتملك بأي طريق كان، فقد أكد المشرع الجزائري على حماية الوقف من تصرف يناقض هذا المبدأ، وتطبيقا للقاعدة القانونية التي تقول بأن: **"**كل ما لا يجوز التصرف فيه، لا يجوز كسبه بالتقادم**"** لذلك فإن كل من يحاول التمسك بالتقادم المكسب في استغلال الملك الوقفي، يكون تمسكه مرفوضا، واستغلاله لها باطلا، حيث أنه لا يجوز التمسك بالتقادم المكسب في استغلال الأملاك الوقفية لانعدام نية التملك [19]، وهو المبدأ الذي درج عليه القضاء الجزائري، من خلال تصديه لمثل هذه الأوضاع .

6. الوقف قيد يحصن الملكية من الحجز عليها:

إن الأملاك الوقفية غير قابلة للحجز عليها، أو بيعها بالمزاد العلني، مثلما يفعل بأملاك المدين العادي، والعبرة في ذلك هو أن الموقوف عليه لا يملك رقبة الشيء الموقوف، في حين أن القاعدة العامة في الحجز تقضي بأنها لا تكون إلا على أملاك المدين، ذلك أن الحجز على الملك الوقفي وبيعه لاستيفاء قيمة الدين منه، يؤدي إلى نقل ملكية الشيء المبيع، إلى الشخص الذي رسا عليه المزاد، وهي عملية تتناقض وطبيعة الوقف، باعتباره يتمتع بشخصية معنوية مستقلة عن شخص الموقوف عليه المدين، ومن ناحية أخرى يكون تطبيقا للقاعدة التي تقول بأن: **"**كل ما لا يجوز التصرف فيه لا يجوز الحجز عليه**"**.

7. الوقف قيد مانع من التصرف في الملكية:

إن الأملاك الوقفية أملاك محصنة من كل تصرف يرد على ملكية الرقبة، في الشيء الموقوف مهما كانت طبيعة هذا التصرف، ولقد أكد قانون الأوقاف رقم: **10/91** السالف ذكره على هذا المبدأ، حيث نص في المادة (**23**) منه على أن: "لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به، بأية صفة من صفات التصرف سواء بالبيع أو الهبة، أو التنازل أو غيرها".

وتجدر الإشارة هنا إلى أن هذه التصرفات الثلاث لا يعني أنها ذكرت على سبيل الحصر، بل ترك قائمة التصرفات مفتوحة، تشمل كل تصرف قد ينصب على أصل الملك الوقفي.

الخاتمة:

إن نظام الوقف والعقار الوقفي الذي هو وليد الإسلام شأنه في ذلك شأن باقي العقارات الأخرى عرف تطورات وتغيرات هامة في ظل هذه المرحلة وصولا إلى الوضع الحالي.

إن موضوع الوقف موضوعا عرف جدالا واسع النطاق، سواء على المستوى الشرعي أو على المستوى القانوني، والذي يعرف في نفس الوقت جمودا انعكس سلبا على حالة العقارات الوقفية حيث جعلها تكتسي الغموض فيما يجري عليها من انتهاكات، ومن تذبذب في التشريع.

لقد حاول المشرع الجزائري من خلال سن تشريعا خاصا بالأوقاف أثمر على ظهور قانون رقم : **10/91** المؤرخ في: **27** أفريل **1991**، أن يضع الإطار العام والأساس القانوني للوقف بحيث عرفه بأنه: " هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير." وقد تبنى في ذلك موقف جمهور الفقهاء.

وعلى غرار الدول الإسلامية التي تعمل بنظام الوقف ولكن الوقف العام دون الخاص فإنه وعلى عكس ذلك نجد المشرع الجزائري معترفا ومؤكدا على الوقف بنوعيه عام وخاص، إلا أنه اهتم بالعناية بالوقف العام أكثر من الخاص، ولكن لا يحرم نوعا دون الآخر من حماية القانون لها، وتدخل القانون هنا لا يكون إلا حين تتعرض إدارة المحبس لما يناقضها، ذلك أن المشرع يؤكد دائما على ضرورة احترام إرادة الواقف.

كما حاول المشرع الجزائري إرساء أركان الوقف واعتبرها أربع أركان أساسية وهي: الواقف – محل الوقف– صيغة الوقف– الموقوف عليه.

ولقد اشترط في الواقف أن يكون مالكا للعين المراد وقفها، وأن يتحلى بالعقل ولا بلوغ وأن لا يكون محجورا عليه لسفه أو دين، أو مريضا مرض الموت.

كما اشترط في محل الوقف أن يكون معلوما محددا، مشروعا، مفرزا، كما أنه يؤاخذ عليه أنه أغفل الحالة التي يكون فيها محل الوقف مالا مرهونا، وما يكتنف موقفه اتجاه وقف المنفعة من انتقادات لم يوقف المشرع الجزائري في تفاديها.

وأما الصيغة في الوقف فيجب أن تكون تامة، منجزة، دالة على التأبيد، مع ضرورة عدم اقترانها بشرط باطل.

أما الموقوف عليهم في الوقف فقد عددهم المشرع الجزائري، وبجعله للواقف إمكانية الاحتفاظ بمنفعة الشيء الموقوف، يصرح بموقف المشرع من مسألة الوقف على النفس، غير أنه يؤاخذ عليه صمته اتجاه مسألة الوقف على الذكور دون الإناث واكتفائه باشتراط أن يكون الموقوف عليه معلوما، موجودا، أهلا للتملك لا تشوبه ما يخالف الشريعة.

ولقد اعتمد المشرع الرسمية في الأوقاف مع القول بصحة الأوقاف العرفية التي أنشأها أصحابها قبل صدور قانون الأوقاف.

إن الوقف من خلال النظام الذي رسمه له المشرع، تتضح جليا طبيعة الوقف فيه في اعتباره عقد تبرع من نوع خاص، وأنه حق عيني غير انه لا يتوارث، يتمتع بالشخصية الاعتبارية ويتمتع بحماية قانونية متميزة، تحول دون الحجز عليه أو اكتسابه بالتقادم، أو التصرف فيه، مع تحصينه بقاعدة الرسمية و التسجيل والشهر.

مما يجعل الوقف يدخل مرحلة التأسيس القانوني، بعد خروجه من حقبة اتسمت بهدم أركانه والاستيلاء عليه، وهي مرحلة الاستعمار، وما واجهته الأوقاف من انتهاكات وتجاوزات، إذ أنه ورغم خروج الوقف من تلك المرحلة ودخوله مرحلة رد الاعتبار والنهوض بها من الحالة التي تعيشها إلا أن ذلك لم يعد للأوقاف مكانتها المرموقة وعصرها الذهبي الذي شهدته خلال مرحلة الحكم الإسلامي للبلاد.

وللإجابة على الإشكالية الكبرى التي يطرحها الوقف هل يعد قيد أم تحصينا للمكية الخاصة في الجزائر نقول: إن الوقف قيد وحصانة بالمعنيين معا، أي أنه ممارسة قانونية ذات حدين أو بالأحرى ذات بعدين، أحدهما يشكل قيدا لحرية التصرف في الملكية الخاصة، وهو ما لا يحبذه أنصار الفكر الليبيرالي، الذي يحارب من أجل كسر القيود عن الملكية، ومن ناحية أخرى يتجلى البعد الثاني له وهو كونه حصانة للملكية الخاصة وهو ما يراه من يخافون ضياع ما بنوه من أملاك وما شكلوه من ثروات، أمام نزوات الورثة الذين لا يقدرون قيمة الثروة لأنهم لم يشقوا في جمعها، ولذلك يسهل عليهم إهمالها أو تبذيرها، فلم يجدوا أحسن من نظام الوقف يحصن أملاكهم حتى بعد وفاتهم.

والأخير نذكر أهم ما سجلته من توصيات للحفاظ على الوقف:

الحض على الاجتهاد في موضوع الوقف على ان يراجع الاجتهاد المعاصر ظروف الزمان والمكان، دون مخالفة لنص أو قاعدة معلومة من الدين، ومن ثمة كان داعيا للمشرع لسد ما وجد بقانون الأوقاف من ثغرات وفراغات وغموض رغم محاولات التعديل المتكررة إلا أنها لم تمس المسائل الجوهرية في الوقف.

ضرورة السعي الجاد لإعادة الأملاك الوقفية التي استولت عليها الدولة بموجب تأميم الأراضي، والتي رغم وجود نصوص صريحة لإعادتها، إلا أن جهود الإدارة القائمة على الأوقاف لا تزال دون المستوى.

ضرورة تفعيل الرقابة الشعبية على الأوقاف، ودورها في المحافظة على الوقف من الضياع وحقهم في الشكوى عند حصول أي انحراف أو سرقة.

توفير بيئة ملائمة لنمو الوقف وتطوره من خلال اشتراك القطاع الخاص في هذه العملية وإعطاء المشاريع الوقفية محفزات وامتيازات، تزيد من استثماراتها ومن نسب نجاحها.

تشجيع التجار وأصحاب رؤوس الأموال على المشاركة في إقامة المؤسسات والمشاريع الوقفية.

التكثيف من عمليات تدريب العاملين في مجال الأوقاف لتفادي العيوب والثغرات الموجودة في المستوى التشريعي فيها، وحتى يكونوا صورة واضحة عن هذا النشاط.

إيجاد أساليب متنوعة لترسيخ عملية العطاء من خلال شرح إيجابيات الوقف عن طريق المدارس والمعاهد والجامعات، وضرورة التنسيق مع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي لتضمين الكتب المدرسية نصوصا عن الوقف، ودوره في النهوض بالمجتمع، باعتبار أن الوقف موضوع خصب للإطلاع والدراسة، ويحتاج إلى تعمق.

محاولة توسيع مجالات الاستثمار الوقفي، بهدف الحصول على أعلى عائد ممكن من الأرباح، وكذلك ضرورة الأخذ بطرق جديدة في مجال الاستثمار كالسندات والأسهم الوقفية، وغيرها من النماذج التي تحقق الهدف المرجو.

الهوامش:

[1] اشتهر إطلاق كلمة الوقف على اسم المفعول وهو الموقوف ويعبر عن الوقف بالحبس.

[2] أنظر: في ذلك قانون رقم 84 لسنة 1946 المتعلق بتنظيم الوقف في مصر (وهو اول قانون نظم الوقف في مصر).

[3] زهدي يكن، الوقف في الشريعة الإسلامية، دار النهضة للطباعة والنشر، 1388 هـ، ص09.

[4] وهو الرأي المعمول به في المذهب الحنفي، أنظر في ذلك: محمد كمال الدين إمام، الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1998، ص203.

[5] رمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر، دار هومة، الجزائر، 2004، ص71.

[6] د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، ج9، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص348.

[7] الفرق بين الجنون والعته، أن الجنون خلل في العقل تجري معه الأقوال والأفعال على غير مقتضى العقل والعته نقصان في العقل يختلف معه الكلام، فبعضه يشبه كلام العقلاء وبعضه الآخر يشبه كلام المجانين.

[8] لقد تبنى المشرع الجزائري رأي المذهب المالكي الذي يقول بعدم صحة هذا الوقف، علما أن المذهب الحنفي يرى بأنه وقف صحيح، باعتبار أن الدين في ذمة المدين فقط لا في أمواله، كما أنه لا يرى صحة الحجر على المدين المبذر وبذلك يبقى تصرفه نافذا.

[9] محمد كمال الدين إمام: الوصايا والأوقاف، مرجع سبق ذكره، ص200.

[10] وهو رأي جمهور الفقهاء، ومالك وأصحابه أيضا.

[11] كالبناء والغراس المتواجد على الأرض الموقوفة، فهي تبعا لها وتدخل في حكمها غير أن المشرع لم يكن يرى في الماضي محلا للوقف سوى العقار، وهذا ما يتشح من خلال تعريف الوقف حسب قانون رقم25/90 المرؤخ في: 1990/11/18 المتضمن قانون التوجيه العقاري.

[12] وهو قول جمهور الفقهاء، وأهل البصرة، وقول مالك وهو الأمر الوارد في محاضرات الشيخ أبو زهرة، المرجع السابق، ص178، وأرجع: كتاب الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي للدكتور وهبة الزحيلي، المرجع السابق ذكره، ص189.

[13] اعتبر بعض الفقهاء بأن الوقف على الأهل ليس فيه قربة، وإنما اعتبروه حوبا وتفضيلا لبعض الأهل عن الباقين، وهو قول الحنفية والسبب في عدم إجازته.

[14] د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سبق ذكره، ص348.

[15] د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سبق ذكره، ص348./ د.عبد المنعم البدراوي، المدخل للعولم القانونية، دار الكتاب العربي، القاهرة، 1962، ص679.

[16] وهو القانون رقم 10/05 المؤرخ في: 26 يونيو 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

[17] أعاد الاعتبار للأملاك العقارية في الجزائر من خلال تكريس الملكية العقارية الخاصة، وإعادة الأراضي الفلاحية لأصحابها الأصليين.

[18] حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومه، الجزائر، 2002، ص69.

[19] قرار للمحكمة العليا تحت رقم: 39360 بتاريخ: 1986/01/13، غير منشور.

أ.سماح فارة

نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة كقيد على حق الملكية العقارية

جامعة قالمة

مقدمة:

يعتبر حق الملكية من أقدم الحقوق التي عرفها الإنسان، ومن أكثر الحقوق التي من أجلها كافح حتى أنها ارتبطت بالعرض لما يتعلق الأمر بالعقار، لما لهذا الحق من زيادة في رصيد الإنسان ليس المالي فحسب، بل حتى في هيبته ووزنه في المجتمع الذي يقطن فيه سواء كان ريفا أو مدنية.

ولم تتأثر مكانة هذا الحق مع ظهور الدولة وتطوها، بل كان ومازال يعتبر مقياسا لازدهارها وديمقراطيتها، فعنى بذلك شارعي الدول بتنظيم هذا الحق وضمانه ليس فقط على المستوى الداخلي لها ولكن أيضا حتى خارجيا.

وإن كانت حياة الجماعة تقتضي وتحتاج إلى أكثر مما يحتاجه الفرد الذي تطغى عليه الأنانية وحب الذات الفردية، فحياة الجماعة تحتاج تضحية من الافراد في سبيل راحة المجموع، ولاجل ذلك وجد على حق الملكية قيود يتم إعمالها بتوافر ظروف معينة تتعلق بالحياة الجماعية للأفراد تبررها وتبيحها ، منها قيد نزع الملكية

للمنفعة العامة ، وعلى ذلك يثور التساؤل **حول مدى صمود حق الملكية في مواجهة نزعها للمنفعة العامة؟**

للإحاطة بهذه الإشكالية سنتناول في مباحث ثلاث: قداسة حق الملكية ثم إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة، وأخيرا الرقابة القضائية عليها.

المبحث الأول: في قداسة حق الملكية

لقد تميز حق الملكية عن غيره من الحقوق بالعناية الشديدة من طرف المشرع سواء على المستوى الدولي أو الداخلي (المطلب الثاني) وذلك بالنظر إلى الامتيازات التيأول يخولها لصاحبه، وعلى ذلك تفننت التعاريف المقدمة له في إبراز نطاقه وآثاره(المطلب الأول).

المطلب الاول: تعريف حق الملكية

حسب **الدكتور فاضلي إدريس** فإن ظاهرة الملكية أسبق في الوجود من القوانين التي تنظمها، وأن موضوع الملكية وإن كان بدو في ظاهره موضوعا قانونيا واقتصاديا واجتماعيا، إلا أنه في جوهره يعتبر موضوعا سياسيا وأنه يكفي لمعرفة صفة النظام الاقتصادي السائد في بلاد ما، للإطلا ع على التنظيم القانوني لهذه الملكية، باعتبار أن عناصر النظام الاقتصادي قائمة بالدرجة الأولى على الملكيات.

أما المفهوم القانوني لموضوع الملكية فينصرف إلى تلك الصيغ الفنية اللازمة لصيانة نظام الأموال، وإلى محاولة التوفيق بين وظائفها المختلفة، سواء ما تعلق منها بالوظيفة الطبيعية التي تنصب على الأشياء والأموال التي تستهلك في سبيل إشباع حاجات الفرد، والحفاظ على حياته واستمرار وجوده، أو ما يبذله من جهد للجمع ولزيادة والصراع مع غيره في سبيل المحافظة على ملكيته وهو ما يعرف بوظيفة الاستثمار.[1]

و حسب **الدكتور خالد الخريشا** فإن حق الملكية كان يعني في السابق حق المالك في التصرف المطلق بما يملك دون قيود، ولكن التقنينات الحديثة اتجهت إلى تقييد حق الملكية في حدود رسمها القانون ليصبح الحق الملكية وظيفة اجتماعية.

ومن المعروف أن حق الملكية من أوسع الحقوق العينية نطاقا، حيث يجمع مالك الشيء كل السلطات التي يعطيها القانون للشخص على الشيء الذي يملكه، وهي حق الاستعمال والاستغلال والتصرف، فإذا منع صاحب الشيء من أحد هذه السلطات فلا يكون هذا الحق حقا للملكية.

ومن أنسب التعريفات لحق الملكية بأنه "حق الاستئثار بالشيء باستعماله وباستغلاله وبالتصرف فيه على وجه دائم في حدود القانون".[2]

المطلب الثاني: الأساس القانوني لحق الملكية

وتعتبر الملكية الفردية حقا طبيعيا للإنسان، فمنذ ولادة الإنسان نجده يميل إلى حب التملك كهدف يسعى إليه، لذلك نجد قوانين الملكية راعت هذا الحق الفطري المتأصل في الإنسان وقامت بالاعتراف به، وتنظيمه وحمايته في مختلف المواثيق ودساتير الدول[3] لذلك يعتبر من الحقوق المقدسة،وإلى ذلك أشارت المادة **17 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان** الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ **10 ديسمبر 1948** " 1- لكل فرد حق التملك بمفرده أو بالاشتراك مع غيره -2- لا يجوز تجريد أحد من ملكه تعسفا".[4]

وقبله قامت الثورة الفرنسية على الظلم والاستبداد، وجاء في **إعلانها لحقوق الإنسان والمواطن** الذي أعلنت عنه و قامت عليه فيما بعد دولة الجمهورية الفرنسية المؤرخ في **26 أوت 1789**، في المادة **02** منه " أن الغاية من كل جمعيه سياسية هو المحافظة على الحقوق الطبيعية وغير القابلة للتملك لتقادم للإنسان، وهذه الحقوق هي الحرية، الملكية، الأمن والمقاومة ضد الاضطهاد".[5]

كما نصت المادة **4** من دستور جمهورية مصر العربية الصادر في **11 سبتمبر 1971** على "يقوم اقتصاد جمهورية مصر العربية على تنمية النشاط الاقتصادي والعدالة الاجتماعية وكفالة الأشكال المختلفة للملكية والحفاظ على حقوق العمال".[6]

وكذلك نصت المادة **52** الفقرة الأولى من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبة بقولها " الملكية الخاصة مضمونة".[7]

و نتيجة التطور الاجتماعي والاقتصادي والسياسي، الذي دفع الدولة إلى تدخلها في مختلف نواحي الحياة وجعل إدارات الدولة في حاجة إلى تلبية المصالح الاجتماعية العامة، وبالتالي تم الأخذ بالوظيفة الاجتماعية لحق الملكية مما أدى إلى ظهور بعض الاستثناءات والقيود التي نص عليها القانون، والتي تحد من سلطة المالك على ملكه، إذ قد تحصل الدولة على ما تحتاج من أموال بعدة طرق، منها ما هو مشابه لأساليب القانون الخاص مثل الهبات والوصايا وإبرام العقود المدنية والتجارية، ومنها ما هو خارق للشريعة العامة ولا وجود له في مجال القانون الخاص[8]، ومن هذه الأساليب نجد التأميم و الإستيلاء ونزع الملكية للمنفعة العامة موضوع دراستنا

المبحث الثاني: نزع الملكية للمنفعة العامة كقيد على حق الملكية

قبل التعرض إلى الإجراءت الخاصة بهذه العملية (المطلب الثاني) يجدر بداية تعريفها(المطلب الأول).

المطلب الاول: تعريف عملية نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة

حسب الأستاذة **J. M Auby** فإن نزع الملكية "وسيلة مخولة للأشخاص الإدارية يمكن اللجوء إليها لاكتساب ملكية الأشياء العقارية والمادية، وهي تتمثل بصفة جوهرية في رفع يد الحائز نهائيا وكليا وبصفة متتابعة، لنقل ملكية هذه العقارات مقابل دفع تعويض محدد وذلك من أجل المنفعة العامة.

ويعرفها الفقيه **A. DE LAUBADERE** "بأنها العمل الإداري الذي تستطيع الإدارة بمقتضاه أن تجبر مالك العقار على التنازل عن ملكيته العقارية، وذلك بهدف تحقيق المنفعة العامة وفي مقابل تعويض عادل ومسبق.[9]

وتجد هذه الوسيلة الإدارية الخطيرة الماسة بحق الملكية أساسها القانوني في مختلف المواثيق والدساتير، وقد نصت عليها المادة **17 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان** بنصها " باعتبار أن الملكية حق مصون ومقدس لا يمكن أن ينزع من أحد، إلا في حالة الحاجة العمومية المثبتة قانونا، تتطلب بصفة مؤكدة ذلك وبشرط تعويض عادل ومسبق".[10]

وكذلك نصت عليها المادة **34 من دستور جمهورية مصر العربية** بقولها " الملكية الخاصة مصونة، ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبنية في القانون وبحكم قضائي، ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض وفقا للقانون"[11]، وأيضا نصت عليها **المادة 20 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية** بقولها " لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون، ويترتب عليه تعويض قبلي عادل ومنصف".[12]

إن هذه العملية متميزة عن إجراء الإستيلاء الإداري والتأميم الذي قد يختلط مفهومهما بها كما يلي:

*تسمى هذه العمليات بعمليات اكتساب المال العام، ويمكن التمييز في كثيرمن الأوجه.

*إن عملية نزع الملكية للمنفعة العامة كعملية الاستيلاء تعتبران أعمال إدارية، وهذه الأخيرة تكون خاضعة للرقابة القضائية عكس عملية التأميم التي تعتبر عمل من أعمال السيادة فلا تخضع بالتالي لرقابة القضاء، وإن كانت كل هذه العمليات تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة.

*إن عملية نزع الملكية للمنفعة العامة تنصب على العقارات، في حين الاستيلاء ينصب على خدمات الأشخاص وكذلك على الأموال المنقولة والعقارية، في حين أن التأميم محلة مشروعات اقتصادية.

*إن هذه العمليات المنصبة على الملكيات تكون تحقيقا لمتطلبات المصلحة العامة في ظروف مختلفة، فنزع الملكية للمنفعة العامة يكون لإشباع الحاجات العامة في الظروف العادية، عكس الاستيلاء الذي هو إجراء إداري تتطلبه ظروف معينة تميزها الضرورة والاستعجال، في حين أن التأميم يكون تحقيقا لسياسة اقتصادية عليا في الدولة، إذ تحتاج الدولة في ظروف اقتصادية معينة إلى إدخال مشروعات اقتصادية للقطاع العام لأهميتها.

*يترتب على نزع الملكية للمنفعة العامة وكذلك على التأميم حرمان صاحب الملكية من ملكه مدى الحياة، عكس الاستيلاء الذي يكون لوقت يحدد بانتهائه فتعود الأملاك لأصحابها، وهذه العمليات تتم مقابل تعويض عادل يدفع لأصحاب هذه الملكيات.

بناء على ما سبق نقول أن حق الملكية من الحقوق الطبيعية المقدسة، وهو حق مصون قانونا في المواثيق الدولية ودساتير الدول،غير أنه قد ترد عليه قيود لا تبررها سوى إيثار المصلحة العامة، ولما كان التأميم من أعمال السيادة فإن مسألة مناقشته أمام القضاء لا تثار، عكس نزع الملكية للمنفعة العامة والاستيلاء، ولما كان هذا الأخير مؤقت فإنه يترتب عليه مساس مؤقت بحق الملكية، وبالتالي فإن خطورته تكون مؤقتة، عكس عملية نزع الملكية للمنفعة العامة التي تعتبر من أخطر العمليات الإدارية على حق الملكية الخاصة، لأنه يترتب عليها فقدان دائم للمالك لملكه، ففي هذا المجال ظهرت رقابة الموازنة كأداة يسلطها القاضي الإداري للموازنة بين فكرة المصلحة العامة وبين أحد أهم الحقوق وهو حق الملكية.

المطلب الثاني: إجراءات نزع الملكية في القانون الجزائري

تتم عملية نزع الملكية وفق إجراءات شكلية محددة بنصوص قانونية تختلف من دولة لأخرى، ففي الجزائر بالرجوع إلى أحكام **القانون 11/91 المؤرخ في 27 أفريل 1991**[13] المتعلق بنزع الملكية للمنفعة العامة، نجد أنه لا يتم اللجوء إلى هذه الوسيلة التي اعتبرها القانون استثنائية، و لا تكون إلا بعد فشل التفاوض الودي[14] طبقا للمادة 2/2 من القانون، كما حددت المادة 3 منه خضوع نزع ملكية عقارات أو حقوق عقارية من أجل المنفعة العامة لإجراء مسبق يشمل:

- التصريح بالمنفعة العامة.
- تحديد كامل للأملاك و الحقوق العقارية المطلوب نزعها، وتعريف هوية المالكين وأصحاب الحقوق الذين تنزع منهم هذه الملكية.
- تقرير عن تقييم الأملاك والحقوق المطلوب نزعها.
- قرار إداري بقابلية التنازل عن الأملاك والحقوق المطلوب نزعها.
- يجب أن توفر الاعتمادات اللازمة للتعويض القبلي عن الأملاك والحقوق المطلوب نزعها.

ثم يفصل القانون في كيفيات تطبيق هذا الإجراءكمايلي:

1-التحقيق المسبق: يكون التصريح بالمنفعة العامة مسبوقا بتحقيق يرمي إلى إقرار بثبوت هذه المنفعة، ويكون هذا التحقيق ب:

* تكوين ملف التحقيق: تقوم الإدارة المستفيدة من إجراء نزع الملكية بتكوين ملف يشمل:

- تقريرا يسوغ اللجوء إلى إجراء نزع الملكية ويبرز النتائج السلبية التي تمخضت عنها محالات الاقتناء بالتراضي.
- تصريحا يوضح الهدف من العملية وينبغي أن يهدف هذا التصريح إلى أداة التعبير أو التهيئة العمرانية أو التخطيط المرتبط بذلك.

– مخططا للوضعية يحدد طبيعة الأشغال ومدى أهميتها وموقعها.

– تقريرا بيانيا للعملية وإطار التمويل.

ثم يرسل الملف إلى الوالي المختص الذي يمكنه أن يطلب جميع المعلومات أو الوثائق التكميلية التي يراها مفيدة لدراسة الملف.[15]

*لجنة التحقيق: فبعد دراسة الملف يقوم الوالي بتعيين لجنة تحقيق تتكون من ثلاثة أشخاص يكون أحدهم رئيسا لها لإجراء تحقيق بقصد إثبات فاعلية المنفعة العامة، ويتم اختيار هؤلاء الأشخاص المذكورين من قائمة وطنية يضبطها كل سنة وزير الداخلية والجماعات المحلية استنادا إلى القوائم التي تعدها كل ولاية، ويشترط في المحققين الانتهاء إلى الجهة الإدارية نازعة الملكية وعدم وجود علاقة تنطوي على مصلحة مع المنزوع ملكيتهم.

*إجراء التحقيق المسبق: يفتح التحقيق المسبق بقرار من الوالي يذكر فيه وجوبا مايلي:

الهدف من التحقيق.

تاريخ بدأ التحقيق.

تاريخ انتهاء التحقيق.

شكلية اللجنة (أسماء وألقاب الأعضاء وصفاتهم).

كيفيات عمل اللجنة (أوقات وأماكن استقبال الجمهور، ودفاتر تسجيل الشكاوى وطرق الاستشارة و ملف التحقيق).

الهدف البين من العملية.

مخطط الوضعية لتحديد طبيعة الأشغال المزمع إنجازها وموقعها، ويجب أن يكون هذا القرار قبل خمسة عشر 15 يوما من تاريخ فتح التحقيق مشهرا بمركز البلدية المعينة، منشورا في يوميتين وطنيتين.

وفضلا عن ذلك ينشر في مدونه القرارات الإدارية للولاية و يتم وضع ملف التحقيق تحت تصرف الجمهور، وتخول لجنة التحقيق سماع أي شخص والحصول على أية معلومات ضرورية لأعمالها وإعداد استنتاجاتها، كما يجب على اللجنة عدم البوح بأي سر يتعلق بالوثائق والمعلومات التي يطلعون عليها أثناء أداء مهمتهم، ثم تقدم اللجنة للسلطة الإدارية المختصة التي عينتها في أجل خمسة عشر يوما من تاريخ انتهاء التحقيق، تقريرا ظرفيا تستعرض فيه استنتاجاتها بشأن طابع المنفعة العامة المزمع القيام بها.[16]

2–التصريح بالمنفعة العمومية: يبين القرار المتضمن التصريح بالمنفعة العامة تحت طائلة البطلان ما يلي:

– أهداف نزع الملكية المزمع تنفيذه

– مساحة العقارات وموقعها ومواصفاتها

– مشتملات الأشغال المزمع القيام بها

– تقويم النفقات التي تغطي عمليات نزع الملكية.

كما يجب أن يبين القرار الأجل الأقصى المحدد لإنجاز نزع الملكية، ولا يمكن أن يتجاوز هذا الأجل أربع سنوات ويمكن تجديده مرة واحدة بنفس المدة إذا تعلق الأمر بعملية كبرى ذات منفعة وطنية.[17]

وينشر حسب الحالة في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية أو في مدونة القرارات الإدارية الخاصة بالولاية، ويعلق في مقر البلدية التي يقع فيها الملك المطلوب نزع ملكيته طوال شهر من تاريخ تبليغ القرار أو نشره، وفي كل الحالات يحق لكل ذي مصلحة أن يطعن في قرار التصريح بالمنفعة العامة أمام القضاء الإداري في أجل شهر من تاريخ تبليغ القرار أو نشره، و ريثما تفصل المحكمة المختصة في الطعن يوقف تنفيذ القرار المصرح بالمنفعة العامة، ويجب على المحكمة أن تفصل في الطعن في أجل شهرين من تاريخ الطعن ويعتبر الحكم القضائي النهائي حضوري بالنسبة لكل شخص سواء كان طرفا في الخصام أم لا.[18]

يترتب على التصريح بالمنفعة العمومية جعل نزع الملكية ممكنا وليس إلزاميا، إذ تستطيع الإدارة دائما التخلي أو العدول عن مشروعها.[19]

و يتم طوال الفترة التي حددها قرارا التصريح بالمنفعة العامة تحديد الأملاك والحقوق العقارية، وهوية المالكين وأصحاب الحقوق المطلوب نزع ملكيتهم، ويتم لهذا الغرض إجراء تحقيق جزئي.

يهدف التحقيق الجزئي إلى إعداد مخطط جزئي وقائمة للمالكين وأصحاب الحقوق الآخرين، وإلى تحديد محتوى الممتلكات والحقوق العقارية المذكورة تحديدا دقيقا وحضوريا.

يسند التحقيق الجزئي إلى محافظ محقق يعين من بين الخبراء العقاريين المعتمدين لدى المحاكم، ويجب أن يبين قرار تعيين المحافظ المحقق تحت طائلة البطلان مقر عمله والأجل المحدد لتنفيذ مهمته، وينشر هذا القرار حسب الحالة في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية أو مدونة القرارات الإدارية للولاية المعينة.

يتضمن التصميم الجزئي في مخطط نظامي للأراضي والبناءات المطلوب نزع ملكيتها، ويرفق التصميم الجزئي بقائمة المالكين وأصحاب الحقوق العينية.[20]

يرسل المحافظ المحقق إلى الوالي المختص إقليميا وفي حدود الأجل الذي يحدده الوالي نفسه ملف التحقيق الجزئي الذي يشمل على ما يلي:

-المخطط الجزئي.

-المحضر النهائي وكذلك جميع الوثائق المشتملة أو المعدة أثناء التحقيق.

-قائمة العقارات كما هو منصوص عليها في المادة 27 من المرسوم التنفيذي رقم 186/93.

-تقرير تقييم الأملاك والحقوق العقارية المطلوب نزع ملكيتها.[21]

تعد مصالح إدارة الأملاك الوطنية تقريرا تقييميا للأملاك والحقوق العقارية المطلوب نزع ملكيتها بعد اخطارها بواسطة ملف يشتمل على القرار المصرح بالمنفعة العامة وعلى التصميم الجزئي المرفق بقائمة المالكين وذوي الحقوق المنصوص عليهم في المادتين 18 و19 من القانون رقم 11/91. [22]

3-القرار الإداري الخاص بقابلية التنازل عن الأملاك والحقوق المطلوب نزع ملكيتها: يحرر القرار الإداري الخاص بقابلية التنازل عن الأملاك والحقوق المطلوب نزع ملكيتها، بناء على تقدير التعويض الذي تعده مصالح إدارة الأملاك الوطنية، ويشمل قائمة العقارات والحقوق العينية الأخرى المزمع نزع ملكيتها، ويبين في كل حالة تحت طائلة البطلان هوية المالك أو صاحب حق الملكية، كما يعين العقارات اعتمادا على التصميم الجزئي مع بيان مبلغ التعويض المرتبط بذلك وقاعدة حسابه.

يبلغ القرار الإداري الخاص بقابلية التنازل إلى كل واحد من الملاك أو ذوي الحقوق العينية أو المنتقعين، كما يرفق كلما أمكن باقتراح تعويض عيني يحل محل التعويض النقدي.

ويرفع الطرف المطالب الدعوى أمام الجهة القضائية المختصة في غضون شهر من تاريخ التبليغ إلا إذا حصل اتفاق بالتراضي، ويودع مبلغ التعويض الممنوح للمعني لدى الهيئة المختصة في الوقت نفسه الذي يتم فيه التبليغ. [23]

يحرر قرار إداري لإتمام صيغة نقل الملكية في الحالات التالية:

-إذا حصل اتفاق بالتراضي.

-إذا يقدم أي طعن خلال المدة المحددة في المادة 26 من القانون.

-إذا صدر حكم قضائي نهائي لصالح نزع الملكية، يبلغ الوالي قرار نزع الملكية للشخص المنزوعة ملكيته وللمستفيد من نزع الملكية، ويخضع للشكليات القانونية المطلوبة في مجال التحويل العقاري، وعندئذ يلزم المعينون بإخلاء الأماكن. [24]

من خلال دراسة النظام القانوني في الجزائر، فإنه يمكننا تقديم ملاحظات مقارنة ببعض الأنظمة ويتعلق الامر بمصر وفرنسا:

*يتقاسم إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة في فرنسا الإدارة إلى جانب القضاء العادي أي قاضي نزع الملكية، إذ تتميز الإجراءات بين مرحلتين مرحلة إدارية وأخرى قضائية، ولا يتدخل القاضي الإداري إلا بشأن مشروعية قرار التصريح بالمنفعة العامة، أما ما عداه من الإجراءات ومنازعات التعويض فتبقى من اختصاص قاضي نزع الملكية الذي ينتمي للقضاء العادي.

*أما بالنسبة للنظام المصري فإن الإجراءات في أغلبها تتناولها الإدارة العامة، وإن كان يختص بمنازعاتها القضاء العادي، إلا ما تعلق بمشروعية قرار المنفعة العامة فيعود القضاء الإداري.

*في حين يتميز النظام القانوني لنزع الملكية للمنفعة العامة في الجزائر في كون إجراءاته تسيطر عليها الإدارة العامة، وأن منازعاتها يختص بها القضاء الإداري.

وإننا لنرى أن النظام القانوني الجزائري أكثر انسجاما بتوحيد اختصاص القضاء الإداري في كافة منازعات نزع الملكية، لما يحقق في ذلك من تجنيب إرهاق المتقاضين من خلال توزيع نزاعهم بين هرمين قضائين أحدهما عادي والآخر إداري، ومن جهة أخرى لاعتبار القاضي الإداري قاضي الإدارة العامة فهو الأصلح للفصل في منازعاتها.

المبحث الثالث: رقابة القضاء الإداري على عملية نزع الملكية للمنفعة العامة

إن موضوع نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة منظم بدقة بموجب نصوص قانونية محددة، تغلب عليها خاصة الشكليات وكثيرة الإجراءات، وهذا في حد ذاته يعتبر ضمانة للأفراد بالنظر لمساسة بحق خطير وحساس وهام وهو حق الملكية.

وإذا كانت إجراءات وشكليات العملية مما تختلف الأنظمة المقارنة بشأن إخضاعها للرقابة القضائية، بين من يدخلها في اختصاص القضاء العادي كفرنسا و مصر، وبين من يعتبرها من اختصاص القضاء الإداري كما هو الحال في الجزائر.

وتتم مراقبة مدى احترام الإدارة للقانون بشأن احترام الإجراءات والشكليات والمدة المقررة قانونا، تحت طائلة بطلانها.

في حين أننا نجد أن التشريعات المقارنة التي تناولناها تجمع على اعتبار قرار التصريح بالمنفعة العامة وهو قرار إداري، وعليه يخضع للرقابة على مشروعيته أمام القضاء الإداري لفحص وجه المشروعية، غير أن رقابة القضاء الإداري تطورت من موقفها التقليدي (المطلب الاول) إلى موقف حديث متطور(المطلب الثاني) كما يلي:

المطلب الاول: الموقف التقليدي للقضاء الإداري

تتمثل حدود الرقابة القضائية في قرار التصريح بالمنفعة العامة تبعا للموقف التقليدي للقضاء الإداري، في التحقق من الاوجه الشكلية وتتمثل في عناصر الاختصاص والشكل و الإجراءات، والأوجه الموضوعية في عناصر السبب من حيث التحقق من حاجة الإدارة إلى إجراء نزع الملكية بعد فشل المحاولات الودية، وأنها تندرج ضمن الأحوال التي نص عليها القانون، والتحقق من الهدف أو الغاية المحددة قانونا وهي تحقيق المنفعة العامة، وتتوقف رقابتها عند هذا الحد دون أن تطال تقديراتها.

أن الملاحظ أن رقابة القاضي الإداري هي رقابة شكلية خاصة، وإن كانت تطال جوانب موضوعية لكنها متعلقة بممارسة اختصاص مقيد، من حيث التأكد من الوجود المادي للوقائع والهدف المرجو من

العملية، مما يعني أن رقابة القضاء الإداري في هذه المرحلة لا تطال المجال التقديري الواسع الذي تتمتع به الإدارة من خلال وزن الوقائع واختيار التوقيت ... وغير ذلك من عناصر التقدير.

إن هذا المجال أي المجال التقديري الذي لم يستطع القاضي الإداري البقاء مكتوف اليدين بشأنه، و خاصة أمام التقديرات غير المعقولة للإدارة، دفعه إلى تطوير وسائله لولوجه مع الحفاظ على دوره كقاض وحام للمشروعية، وعند هذا الحد ظهرت رقابة الموازنة.

المطلب الثاني:الموقف الحديث للقضاء الإداري

لقد أدى تعاظم دور الاقتصاد في حياة الدول، واتجاه النظام العالمي لتحرير الاقتصاد وتبني اقتصاديات السوق، إلى صياغة معيار جديد مبني على فكرة اقتصادية فرضتها المفاهيم الاقتصادية السائدة فأصبح للمنفعة الخاصة دور في تحقيق المنفعة العامة.[25]

وقد أدت عوامل وأسباب عديدة إلى التوسع في فكرة المنفعة العامة وبالتالي زيادة حالات اللجوء لنزع الملكية الخاصة، أهمها تغير النظرة إلى إجراء نزع الملكية من إجراء استثنائي إلى إجراء عادي الهدف منه تحقيق المنفعة العامة، في بناء المدن وإنشاء المشاريع الاقتصادية والصناعية، وخاصة بعد الظروف التي مر بها العالم بعد الحربين العالميتين الأولى والثانية ، وتغير وظيفة الدولة بحكم الظروف والأزمات وحاجة الأفراد إلى إشباع حاجياتهم.

وقد توسعت فكرة المنفعة العامة سواء من جانب المشرع الذي أصدر العديد من القوانين اعترف فيها بصفة المنفعة العامة للأعمال المتعلقة بأغراض عديدة كالصحة العامة، والتوجيه العمراني والأغراض الاجتماعية، لكن دون وضع تعريف دقيق للمنفعة العامة.[26]

وكذلك من جانب القضاء في اعترافه بصفة المنفعة العامة للعديد من المشروعات [27] ،مما أدى إلى تزايد السلطة التقديرية للإدارة في مجالات متعددة، خاصة مع تزايد نشاط الإدارة واقتحامها المجالات الاقتصادية.

ولئن كانت رقابة القضاء الإداري لا تتجاوز حدود المشروعية إلى الملاءمة في قرارات نزع الملكية، فإن الاتجاه الحديث قد أدخل بعض جوانب الملاءمة تحت غطاء المشروعية، ويرى بعض الفقه أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي بالرغم من التزامه بالموقف التقليدي، إلا أنه في بعض قضائه دلائل و إرهاصات أولية لتطوير قضائه مستدلين بحكم **Gomel** الذي مهد الطريق برقابة المجلس للتكييف القانوني للوقائع المبررة لإقامة المشروع إلى رقابة أكثر تطورا وهي ممارسة رقابة الملاءمة، وكذلك حكمه في قضية **Firminy-centre groupement de défense de l'ilot** بتاريخ 27 ماي 1964 ، بعد أن درس المجلس الظروف المحيطة للمشروع وجد أن القرار يسمح بأفضل استغلال لمركز المدنية[28] ، كما تعتبر من الخطوات الهامة التي طورت رقابة مجلس الدولة الفرنسي عندما أدخل ضمن رقابته التأكد من وجود دراسة التكلفة المالية للمشروع من قبل

الإدارة نازعة الملكية، فقد ألغى في حكم **épоux Néel** الصادر في 23 جانفي 1970 قرار المنفعة العامة لخلو ملف التحقيق من دراسة التكلفة المالية الإجمالية للمشروع.[29]

فمن خلال ذلك بدأت تتوضح معالم الطريق التي أراد مجلس الدولة الفرنسي أن يسلكها في قضائه الحديث، إلى أن صرح بذلك في حكمه **nouvelle ville est** الصادر في 21 ماي 1971 والذي تناول فيه لأول مرة تقنية رقابة تمتد إلى ملاءمات الإدارة، فكان بذلك الحكم المبدئي الذي كرس الاتجاه الحديث لرقابة القضاء الإداري، و قبل تحليل هذا المسلك، سنتناول ملخص هذه القضية.

في إطار محاولة إعادة تخطيط مدينة " ليل" وبقصد نقل الجامعة من وسط المدينة، نظرا لما يسببه وجودها من مشكلات في المواصلات والمرور وتواجد عدد كبير من طلاب الجامعة (حوالي 30 ألف طالب) وأساتذتها والعاملين بها، لذلك ارتأت السلطات المحلية نقل الجامعة بكافة كلياتها ومعاهدها ومبانيها وخدماتها إلى شرق المدينة، مع إقامة حي جديد متكامل يتسع لعدد من السكان يتراوح ما بين 20 إلى 25 ألف نسمة، وكان هذا التخطيط الجديد يقتضي نزع الملكية ما يقرب عن 500 هكتار من الأراضي بتكلفة تبلغ مليار فرنك فرنسي، غير أن تنفيذ هذا المشروع كان يقتضي نزع ملكية وإزالة 250 منزلا كان بعضها حديث البناء، بل أن بعضها كان مقاما وفقا لتراخيص بناء لم يمض عليها أكثر من عام.

وأمام الاحتجاج الصارخ من جانب أصحاب المنازل، خطت الإدارة خطوة نحو التخفيف من حدة الآثار التي تترتب على تنفيذ المشروع، فقامت بإجراء تعديل في التخطيط بحيث سمح هذا التعديل بخفض عدد المنازل المطلوب إزالتها إلى 88 منزل فقط.

ولكن الإدارة في نفس الوقت رفضت تعديلا تقدمت به "**جمعية الدفاع عن منازل السكان المراد نزع ملكيتهم**"، ويرمي هذا التعديل إلى تجنب هدم أي منزل من المنازل الواقعة في المنطقة.

وبالفعل أصدرت الإدارة قرارها بإقامة المشروع ونزع ملكية 88 شخص وإزالة مساكنهم التي تعوق تنفيذ المشروع وفقا للتخطيط الموضوع له، وقد صدر بالفعل قرار وزير التخطيط والإسكان بتاريخ 3 أفريل 1968، وقد طعنت جمعية الدفاع عن السكان التي أقيمت خصيصا لهذا الغرض في القرار المشار إليه.[30]

لم تكن هذه المرة الأولى التي يطعن فيها أمام القضاء الإداري في قرار صادر بنزع الملكية، ولكنها المرة الأولى التي يقر فيها القضاء الإداري مبدأ جديدا، لذا اعتبر الحكم الصادر في هذه القضية حكما مبدئيا يشهد على عصر جديد من رقابة القاضي الإداري، فبعد أن كانت رقابته متوقفة عند حد بحث مدى توافر شرط المنفعة العامة دون الخوض في تفاصيل المشروع، وخاصة في اختيار الإدارة لقطع الأراضي التي ترغب في نزع ملكيتها، أصبحت هذه الحدود الرقابية منتقدة خاصة في ظل التوسع والتخطيط العمراني، فبعد أن كان نزع الملكية يمس قطعا صغيرة محدودة من الأراضي أو الأملاك، اقتضى التخطيط الحديث للمدن وإقامة الطرق السريعة نزع ملكية المئات من الناس بل والآلاف وإزالة كم كبير من المنازل. 31

وإزاء هذا التوسع، اقتضى أن يطور القضاء الإداري أسلوب رقابته بما يتناسب مع المعطيات الجديدة في سبيل تحقيق التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، ولا يكتفي في ذلك بالنظرة المجردة أي توفر المنفعة العامة، بل ينظر إلى ما يحققه القرار الصادر بنزع الملكية من "فائدة" من خلال الموازنة بينها وبين المصالح التي يمسها، وهذه هي النظرة الموضوعية الحديثة لفكرة المنفعة العامة التي نادى بها وفصل فيها مفوض الحكومة **G.Braibant** في مذكرته لهذه القضية.

إن هذه النظرية الاقتصادية التي تقوم أساسا على الموازنة بين منافع المشروع ومضاره قد تحولت إلى أداة رقابة قانونية، أدخل بها القاضي الإداري ما كان يعتبر عنصر ملاءمة بالأمس في تقدير الإدارة للمنفعة العامة إلى مجال المشروعية، لرد الإدارة إلى تقدير معقول حفاظا على حقوق الأفراد.

وقد صرح مجلس الدولة الفرنسي في هذا الحكم المبدئي بقوله" العملية لا تعتبر مشروعة لإعلان المنفعة العامة، إلا إذا كانت الاعتداءات الواقعة على الملكية الخاصة والتكلفة المالية والسلبيات المحتملة على النظام الاجتماعي غير متجاوزة بالنظر للمصلحة المقدمة" فهذه هي صيغة" نظرية الموازنة" والتي ضمنها مجلس الدولة في قراراته اللاحقة.

« Une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le cout financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente » c'est la formulation de la théorie du bilan. »

الخاتمة:

من خلال ما سبقت دراسته نصل إلى القول بان حق الملكية من أشمل وأكمل الحقوق التي يتمتع بها الإنسان، وذلك لتمكين صاحبه من التصرف في الشيء المملوك بأي صورة يراها في حدود ما يسمح به القانون طبعا، كما وصلنا إلى ان هذا الحق من اكثر الحقوق تنظيما رعاية لحق الأفراد فيه من كل مساس.

ورأينا انه كما لكل قاعدة استثناء قيودا قد تطرأ، والتي منها قيد نزع الملكية العقارية للمنفعة العامة هذا الأخير الذي يجتث حق الملكية من اركانه، وتعتبر عملية إدارية بحتة يتم من خلالها استملاك عقار لفائدة المجتمع، وبالنظر لكونه استثناء فقد أحاطه المشرع بجملة من الإجراءات السابقة، يلاحظ عليها كثرة الشكلية التي الغرض منها التحقق من مدى جدية الإدارة النازعة في تحقيق المنفعة العامة، وبشأن ذلك وصلنا إلى اختلاف النظم المقارنة حول الرقابة القضائية على العملية، من حيث أنها عملية إدارية تخضع لرقابة القضاء العادي والإداري معا في كل من فرنسا ومصر على اختلاف في التفصيل كما رأينا، في حين يتوحد القضاء المختص في الجزائر بشأنها في القضاء الإداري.

بالرغم من الاختلافات السابقة وصلنا إلى أن العملية تخضع للرقابة القضائية في كل مراحلها، وصولا إلى آخر مرحلة متطورة وتتعلق بالرقابة على تقدير مدى وجود منفعة أو مصلحة عامة مرجوة من العملية، كرقابة

مستحدثة وذلك من خلال إعمال قاعدة قضائية جديدة مفادها الموازنة بين إيجابيات المشروع العام وسلبياته، ليتقرر من بعدها مشروعية قرار نزع الملكية للمنفعة العامة من عدمه.

إن هذه الإجراءات المعقدة والطويلة يضاف إليها قدر الرقابة القضائية المبسوطة على العملية، تعتبر في رأينا ضمانات كافية للوقوف في وجه تعسف الإدارة العامة وحرمان الأفراد من ملكياتهم، وعليه يمكن القول أنه إلى يومنا هذا مازال حق الملكية يتمتع بالحصانة المنيعة ، هذه الأخير في وجود مصلحة عامة تنحني فاسحة المجال لها، ضف إلى هذه الحصانة أن قانون نزع الملكية قد نص على تعويض عادل ومنصف ومسبق، وكذلك رجوع الملكية لأصحابها إذا لم يتم تنفيذ المشروع الذي انتزعت بمرور مدة حددها.

الهوامش:

[1]- فاضلي إدريس، نظام الملكية ومدى وظيفتها الاجتماعية في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1994، ص 1 و 2.

[2]- خالد الخريشا، الرقابة القضائية على قرارات الاستملاك في القانون الأردني دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي والمصري واللبناني، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، 2007، ص 2 وما بعدها.

[3]- محمد عبد الغني مهملات، الاستملاك ورقابة القضاء الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة دمشق، بدون تاريخ، ص 02.

[4] – أ/ ناصر لباد، دساتير ومواثيق سياسية، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، دستور الجمهورية الفرنسية، ودستور الولايات المتحدة الأمريكية، الطبعة الأولى، لباد، سطيف، 2007، ص 21.

[5]- نفس المرجع، ص 147.

[6] – دستور جمهورية مصر العربية: www.elbedeawilawoffice.com، وتجدر الإشارة إلى أنه قد تم تعديل دستور جمهورية مصر العربية في سنوات 1980 و 2005 و 2007، وقد تم الاستفتاء على دستور جديد في يتوافق مع مبادئ ثورة 25 جانفي 2011.

[7]- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية: www.joradp.dz

[8] – محمد عبد الغني مهملات، رسالة سابقة، ص 02.

[9] – هذه التعاريف واردة عند محمد عبد الغني مهملات، رسالة سابقة،ص 22 و 23.

[10]- أ/ ناصر لباد، مرجع سابق،ص 153.

- René chapus, DROIT ADMINISTRATIF GENERAL, tome 2, p613.

[11]- دستور جمهورية مصر العربية، الموقع السابق.

[12]- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الموقع السابق.

[13] – القانون 11/91 المؤرخ في 27 أفريل 1991، المحدد لقواعد نزع الملكية للمنفعة العمومية، جريدة رسمية رقم 21، سنة 1991، ورقم 50، سنة 1993 استدراك.

[14]- أ/ رمزي حوحو و أ/ محمد لمعيني، النظام القانوني لنزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة، مجلة المنتدى القانوني، قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد السادس، أفريل 2009، ص 75.

Voir aussi : MOKHTARIA KADI-HANIFI, le régime juridique de l'enquête d'utilité publique en matière d'expropriation, Revue IDARA, n=29, 2005, p 75 et ss.

[15] – أ / رمزي حوحو و أ/ محمد لمعيني، مقالة سابقة، ص76 وما بعدها.

[16]- المواد من 5 إلى 9 من القاانون11/19 السابق الذكر.

[17] – المادة 10 من نفس القانون.

[18]– المواد 11 و6 و13 من نفس القانون.

[19]– المستشار مقداد كروغلي ، نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية ، المجلة القضائية، العدد2، سنة 1996، ص 39.

[20]– المواد من 16 إلى 19 من نفس القانون.

[21]– أ / رمزي حوحو وأ/ محمد لمعيني، مقالة سابقة، ص 77 وما بعدها.

[22]– المادة 20 من نفس القانون، وقد حددت المادتين 21 و 22 وشروط و كيفيات التعويض .

[23]– أ / رمزي حوحو وأ/ محمد لمعيني، مقالة سابقة، ص 77 وما بعدها.

[24]–المواد من 23 إلى 30 من نفس القانون.

25– د/ أحمد أحمد الموافي، بعض ملامح الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية، دار النهضة العربية، بدون بلد نشر، 2008، ص 33.

26–د/ محمد صلاح عبد البديع السيد، الاتجاهات الحديثة للقضاء الإداري في الرقابة على ملاءمة قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 46.

27– نفس المرجع، ص 75.

28– محمد عبد الغني مهملات، سالة سابقة، ص 289.

29– نفس الرسالة.

–كذلك د/ أحمد أحمد الموافي، مرجع سابق.

30– د/ نبيلة عبد الحليم كامل، دور القاضي الإداري في الرقابة على شرط المنفعة العامة في حالة نزع الملكية (الاتجاه الحديث لمجلس الدولة في مصر وفرنسا)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 17 و 18.

31– نفس المرجع ، ص 19.

-René chapus, op- cit, tome2, p662.32

أ.دراجي خدروش

أسباب الشفعة وإجراءاتها

جامعة قالمة

مقدمة

سمح المشرع للأشخاص اكتساب الملكية بعدة طرق، حصرها في المواد 773 – 843 من الأمر رقم: 58.75 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، فكان لهم بذلك الحق في الاستعمال، والاستغلال، والتصرف في ملكية المال العقاري، أو في الحقوق العينية الأخرى المتفرعة عنها.

والأصل أن يتم التصرف في حق الملكية وفق مبدأ الرضائية المبنية على إرادة الأشخاص الحرة، شريطة عدم مخالفة القوانين والأنظمة. إلا أن هذا المبدأ غير مطلق، فلمالك الشيء حق الاستعمال والاستغلال والتصرف في حدود القانون طبقا لنص المادة 792 من القانون المدني التي تنص على أنه: "تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في العقار بالعقد متى كان الشيء مملوكا للمتصرف طبقا للمادة 164 وذلك مع مراعاة النصوص التالية ..." ومن هذه النصوص التي تعد قيودا على المتصرف في الملك العقاري تلك المتعلقة

بنظام الشفعة، و التي تمتاز بأنها سبب من أسباب اكتساب الملكية، وقيد عليها في نفس الوقت. فالشفعة نظام استثنائي **يحد** من مبدأ سلطان الإرادة، بحيث أن الشفيع يدخل في علاقة تعاقدية لم يضع شروطا لها. كتحديد الثمن وزمن نقل الحيازة.، فيجبر البائع على التعاقد معه، الأمر الذي يفقد المشتري حقه في العقار الذي اشتراه، ويجبره عن التخلي عنه.

ولخصوصية نظام الشفعة وتعدد أطرافها، ضبط المشرع الجزائري – على غرار معظم التشريعات الأخرى – أحكامها، بحيث حدد الأشخاص الذين لهم الحق في اللجوء إلى هذا الطريق الاستثنائي لاكتساب الملكية العقارية، كما ألزمهم باتخاذ مجموعة من الإجراءات حتى يتم ذلك. وما يلاحظ من الناحية الواقعية أن كثيرا ما يفقد صاحب الحقفي الشفعة حقه في ذلك. لأسباب عدة منها عدم وضوح الإجراءات فضلا عن تعقيداتها (أحوال، وشروط،) وارتباطها بمواعيد محددة ...

وعليه يطرح التساؤل التالي: ما هي أسباب الأخذ بالشفعة أي من له الحق في الشفعة ؟ وما هي الإجراءات الواجب إتباعها ؟.

وللإجابة عن هذه الإشكالية قسمت المداخلة إلى مبحثين، مسبوقين بمبحث تمهيدي خصص لماهية نظام الشفعة، ويتناول المبحث الأول: صفة الشفيع أو من له الحق في الشفعة، والمبحث الثاني يتعرض لإجراءات الأخذ بالشفعة.

مبحث تمهيدي: ماهية نظام الشفعة

أولا: التعريف بالشفعة

الشفعة في القانون الجزائري نظام قانوني استمدت أحكامها من الشريعة الإسلامية وذلك دفعا للضرر(1)، فعن جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة وحائط لا يحل أن يبيع حتى يأذن شريكه، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به.

تقوم الشفعة أساسا على الموازنة بين اعتبارين(2)، الأول: هو احترام الأصل العام في حرية التصرف، وما يقتضيه هذا الأصل من ضرورة الرضا لإنتقال الملكية، و الثاني: اعتبار المصلحة التي تتحقق من الأخذ بالشفعة، كونها تجمع ما تفرق من عناصر الملكية، كضم حق الإنتفاع إلى حق الرقبة عن طريق الأخذ بالشفعة، وكذا إنهاء حالة الشيوع إذا ما باع الشريك في الشيوع حصته لأجنبي. فضلا عن دفع الضرر الذي قد يصيب الشريك الآخر جراء مخالطته لشريك جديد لا يعرف طباعه ولا يرغب مشاركته في نفس الملك، أو لمصلحة قدرها المشرع – كما سيتبين لاحقا –.

و الشفعة لغة هي الضم والزيادة، اشتقت من كلمة الشفع الذي هو ضد الوتر لما فيه من ضم شيء إلى شيء، ومشتقة أيضا من الزيادة(3).

أما في الإصطلاح القانوني فقد عرفتها المادة 794 من القانون المدني الجزائري كالآتي: " الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية " وهي المواد من 795 إلى 807 من نفس القانون.

و يسمى الآخذ بالشفعة " الشفيع " ويسمى المشتري " المشفوع منه " ويسمى العقار المبيع " العقار المشفوع أو المشفوع منه "

فالشفعة إذن رخصة قانونية تجعل الشفيع في مركز قانوني يعطيه أفضلية على المشتري المشفوع منه، بحيث يكون له استبعاده والحلول محله في بيع العقار المشفوع فيه جبرا عنه(4)، فهي إستثناء عن القاعدة العامة، التي تشترط ركن الرضا في انتقال الملكية من شخص إلى آخر.

ثانيا: التكييف القانوني للشفعة.

لقد قام جدل كبير حول الطبيعة القانونية للشفعة. فهناك من يرى أن الشفعة حق عيني مؤسسا رأيه

أنها تكسب الشفيع ملكية العقار المشفوع فيه، فهو عندما يقيم دعوى الشفعة يطالب بحق عيني عقاري. والرأي الآخر يرى بأنها حق شخصي بمعنى حق لصيق بشخص الشفيع فلا يورث عنه ولا تجوز حوالته ولا يجوز لدائني الشفيع أن يستعملوه باسمه(5) .

وبالرجوع إلى المادة 794 من القانون المدني نجد أن الشفعة ليست حقا شخصيا، ولا عينيا. بل هي ليست بحق أصلا، وإنما هي مصدر لنشوئه، كونها رخصة استثنائية تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار، أحاطها المشرع بجملة من الشروط لكسب الحقوق العينية العقارية(6) .

وطبقا لذلك فالشفعة لا ترد إلا على العقارات. وهي غير قابلة للتجزئة فلا يجوز للشفيع الأخذ بالشفعة فى بعض المبيع دون غيره، أو إذا بيع العقار لأكثر من مشترى فلا يجوز الأخذ بالشفعة من بعضهم دون البعض الآخر. كما أنها متصلة بشخص الشفيع فإذا مات الشفيع بعد بيع العقار المشفوع فيه وقبل الأخذ بالشفعة فإن الورثة لا يستطيعون الأخذ بها باعتبارهم ورثة إذ لم يخلف لهم مورثهم إلا إرادة ومشيئة متصلة بشخصه وهذه لا تورث(7) .

ثالث: حكمتها والدوافع إليها

بالرغم من أن الشفعة قيد على حرية التصرف في الملك العقاري، إلا أن هناك عدة دواعي أدت إلى إقرارها قانونا، ومن هذه الدوافع نذكر:

– دفع ضرر المجاورة أو الاشتراك في ملكية العقار(8) .

– منع تجزئة العقار ببيعه لأجنبي حتى يجتمع عنصرا حق الملكية العقارية – رقبة وانتفاع معا – في يد واحدة.

– تحقيق منفعة عامة إذا كان الشفيع شخصا معنويا عاما بحيث يمكنه الحصول على العقار اللازم لممارسة نشاط معين أو تقديم خدمة عمومية وذلك عن طريق الأخذ بالشفعة.

فإذا كانت الشفعة هي رخصة وليست حقا، وأنها شرعت استثناء لتحقيق مصلحة جديرة بالحماية – كما تقدم ذكره – فلمن تقررت هذه الرخصة إذن ؟ وهو ما نتناوله في المبحث الموالي.

المبحث الأول: صفة الشفيع

للأخذ بالشفعة لابد من توافر شروط معينة، منها ما يتعلق بالآخذ بالشفعة " الشفيع "، ومنها ما يتعلق بالتصرف المشفوع فيه، ومنها ما يتعلق بالمشتري " المشفوع منه "، و منها ما يتعلق بالعقار المبيع " العقار المشفوع أو المشفوع منه ".

كما تعرضت المادة 798 من القانون المدني إلى موانع الشفعة ومسقطاتها.

ونظرا لضيق مساحة وزمان هذه المداخلة فإننا سنكتفي بدراسة من له الصفة في الأخذ بالشفعة، دون البقية مرجئين ذلك إلى فرصة أخرى إن شاء الله.

حدد المشرع الجزائري الأشخاص الذين تثبت لهم صفة الشفيع مرتبا إياهم في نص المادة 795 من القانون المدني التي جاءت بهم على النحو الآتي: " يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية:

. لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة ،

. للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي.

. لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها ".

فضلا عما تقدم نسب المشرع الجزائري صفة الشفيع إلى أشخاص آخرين وذلك بموجب نصوص متفرقة في بعض القوانين الخاصة .

لذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتطرق في الأول إلى الشفعاء طبقا للقانون المدني، ونبحث في المطلب الثاني الشفعاء طبقا لبعض النصوص الخاصة.

المطلب الأول: الشفعاء طبقا للقانون المدني.

من خلال نص المادة 795 السالفة الذكر فإن صفة الشفيع مرتبة حسب ما يلي:

الفرع الأول: مالك الرقبة

يفترض هنا أن سلطات الملكية توزعت بين مالك الرقبة، وصاحب الحق في الإنتفاع. فتثبت الشفعة عندئد لمالك الرقبة. فإذا باع صاحب الإنتفاع الكل أو البعض من حق الإنتفاع المناسب للرقبة، كان لمالك الرقبة أن يشفع في حق الإنتفاع المبيع، فإذا ما أخذ هذا الحق جمع شتات ملكيته وانقضى حق الانتفاع إذا بيع كاملا. كما أنه في حالة ما إذا رتب مالك العقار حق انتفاع لمصلحة شخصين في الشيوع، و باع أحدهما حصته الشائعة في حق الانتفاع، كان لمالك الرقبة أن يشفع في هذه الحصة المبيعة، فيصبح مالكا ملكية تامة لهذا الجزء من العقار(9) ، وهذا من شأنه تيسير إستغلال العقار محل الشفعة(10).

وفي شفعة مالك الرقبة فرضيات أربعة يطول الخوض فيها(11) .

الفرع الثاني: الشريك في الشيوع

وتثبت صفة الشفيع في هذه المرتبة للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي، فيكون للشريك أو الشركاء في الشيوع الآخرين أو لأي منهم أن يأخذ بالشفعة، الحصة الشائعة المبيعة، والغاية من ذلك تحقيق مصلحة عامة للجماعة أو حتى مصلحة فردية إذا كان هناك شريك واحد، وذلك باستبعاد دخول أجنبي بينهم في الملكية. فإما أن تخلص الملكية لشخص واحد و تنتهي حالة الشيوع أو التقليص من عدد الشركاء(12).

ولكي تثبت الشفعة للشريك في الشيوع، يجب أن يكون هناك عقار شائع – فلا شفعة في عقار قد تمت قسمته –، وأن يبيع أحد الشركاء حصته الشائعة، وأن يكون البيع لأجنبي.

الفرع الثالث: صاحب حق الإنتفاع

تثبت الشفعة لصاحب حق الإنتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها وذلك للاعتبارات التي بيناها سابقا. وبالتالي فالشفيع في هذه الحالة يشفع في الرقبة بالشروط التالية:

. أن يكون العقار مملوكا لشخص وقد رتب عليه حق انتفاع لمصلحة شخص آخر فأصبح مالك العقار مالكا للرقبة، فقط فإذا أراد بيعها كان لصاحب حق الانتفاع أن يشفع في الرقبة المبيعة فتتجمع عناصر الملكية في يد واحدة وينقضي حق الإنتفاع.

ولم يأت المشرع الجزائري بالترتيب المذكور بالمادة 795 من القانون المدني عشوائيا بل إن هذا الترتيبُ ملْزِم(13) ومثال ذلك أن يكون هناك عقار مملوك لشخصين في الشيوع، ثم رتبا عليه حق انتفاع

لمصلحة شخص واحد، فيصبحان مالكين لرقبة العقار في الشيوع وبفرض أن لكل منهما النصف، فإذا باع أحدهما النصف الذي يملكه في الرقبة، كان لهذا النصف شفيعا، مالك النصف الآخر للرقبة ويعتبر شريكا في الشيوع وصاحب حق الانتفاع وفي هذه الحالة يكون الشريك على الشيوع مقدما على الثاني وذلك لحلوله بالمرتبة الثانية طبقا للمادة السالفة الذكر.

بعد التطرق لمن لهم الحق في استعمال حق الشفعة حسب نص المادة 795 من القانون المدني، نتطرق فيما يلي إلى فئات أخرى لها نفس الحق لكن بموجب نصوص خاصة نذكر منها :

المطلب الثاني: الشفعاء طبقا للنصوص الخاصة

أقر المشرع لفئات مختلفة حق الأخذ بالشفعة لعدة اعتبارات. فبالنسبة للأشخاص المعنوية العامة من دولة وولاية و بلدية وغيرها فالغاية واضحة وهي الحصول على عقارات لأداء الخدمات العمومية المختلفة بهدف تحقيق التنمية. وبالنسبة للأفراد أو أشخاص القانون الخاص وإن كانوا محدودين إلا أن الهدف في رأينا هو تجميع الملكية العقارية في يد واحدة لتوسيع الرقعة الجغرافية المستثمرة بهدف زيادة الإنتاج. وفيما يلي نتطرق لهؤلاء الشفعاء حسب كل قانون خاص.

الفرع الأول: حق الشفعة المقرر بموجب المادة 38 مكرر 2أ من القانون الإجراءات الجبائية(14)

طبقا لهذه المادة فإن لإدارة الضرائب أن تستعمل لصالح خزينة الدولة حق الشفعة وذلك على العقارات أو الحقوق العقارية أو المحلات التجارية أو الزبائن أو حق الإيجار التي يتم التنازل عنها بمقابل إذا ما رأت أن ثمن البيع غير كاف مع دفعها للبائع أو ذوي حقوقه مبلغ هذا الثمن المصرح به في العقد البيع مضاف عشر (10/1) هذا الثمن. فضلا عن الدعوى المرفوعة أمام اللجنة الولائية للطعن المختصة وذلك خلال أجل سنة واحدة ابتداء من تاريخ تسجيل العقد أو التصريح الذي يتقدم به ذوي الحقوق. ويخضع الجميع سواء أشخاص طبيعيون أو معنويون على قدم المساواة إلى هذا الإجراء طبقا لقانون التسجيل المعدل والمتمم.

و للإشارة فإن هذه المادة حسبما جاء في المنشورة رقم: 09/01 المؤرخ في: 12 أوت 2009 الصادر عن وزير المالية لم تعد تطبق في الميدان، بل مجهولة تماما، لذلك جاء هذا المنشور لتفعيل تطبيق هذا النص ولحث المتعاملين على التصريح بالثمن الحقيقي وعدم إنقاصه.

يلاحظ أيضا أن هذا النص خرج عن القاعدة المعروفة بأن لا شفعة إلا في الحقوق العقارية وأعطى للدولة حق الشفعة حتى عند التصرف في المحلات التجارية أو الزبائن أو حق الإيجار.

الفرع الثاني: حق الشفعة المقرر بموجب المادة: 15 من القانون 03/10

نصت المادة 15 من القانون 03/10 المحدد لشروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة في باب المستثمرات الفلاحية على ممارسة حق الشفعة لصالح الدولة بحيث أنه في حالة

التنازل عن حق الامتياز من قبل أحد أعضاء المستثمرة فإن للديوان الوطني للأراضي الفلاحية – باعتباره مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري – ممارسة حق الشفعة على الحصة المراد التنازل عنها ويتولى على إثر ذلك تسييرها وذلك للمحافظة على الوجهة الفلاحية للأراضي واستغلالها استغلالا أمثلا نظرا لأهميتها الاقتصادية والاجتماعية.

الفرع الثالث: حق الشفعة المقرر بموجب المادة 57 من القانون رقم: 25/90

قررت هذا الحق المادة 57 القانون رقم: 25/90 المتعلق بالتوجيه العقاري، فنصت على أنه " يمتد حق الشفعة كما نصت عليه المادة 795 من الأمر رقم 75 – 58 المؤرخ في 1975/09/26 المذكور أعلاه إلى المجاورين في إطار أحكام المادة 55 أعلاه، وبغية تحسين الهيكل العقاري في المستثمرة ".

وبذلك أصبح الجوار سببا للشفعة، مع مراعاة ما يلي:

– وجود وضع من التلاصق بين عقارين – العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه – وهو ما يقتضي عدم وجود انفصال تام بين العقارين يحول دون تحقق التلاصق.

– أن لا يلحق ذلك ضررا بقابلية الأراضي للإستثمار.

– ألا يؤدي إلى تغيير وجهتها الفلاحية.

– وألا يتسبب في تكوين أراض قد تتعارض بحجمها مع مقاييس التوجيه العقاري وبرامجه.

الفرع الرابع: حق الشفعة المقرر بموجب المادة: 29 من الأمر رقم: 04/01

نصت المادة: 29 من الأمر رقم: 04/01 المؤرخ في: 20 أوت 2001 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخوصصتها، على ممارسة العمال الأجراء حق الشفعة وذلك خلال شهر واحد ابتداء من تاريخ تبليغ عرض التنازل إلى العمال الأجراء.

فضلا عما تقدم فهناك عدة نصوص أخرى تتعلق بحق الدولة في الأخذ بالشفعة نذكر منها التصرفات الواردة على العقارات المتواجدة في مناطق التوسع السياسي، وكذلك إذا تعلق الأمر بتنازلات الأجانب على أملاكهم العقارية الموجودة على التراب الجزائري.

وفي جميع الأحوال المتقدمة فإنه لا يكفي لثبوت صفة الشفيع ما فات من مراتب مهما كانت صفته بل يجب أن يحقق الشروط التالية :

– تمتع الشفيع بالأهلية الواجبة.

– أن يكون مالكا للعقار، أو صاحب حق انتفاع من وقت بيع العقار إلى وقت ثبوت حقه في الشفعة.

– أن يكون الشفيع غير ممنوع من شراء العقار المشفوع فيه.

وبعد تعرضنا لمن له الحق في الشفعة، نتناول فيما يلي إجرءاتها في مبحث ثان، مع الملاحظة أن هذه الإجراءات تتعلق بحق الشفعة المقرر بموجب القانون المدني فقط، لأن القوانين الخاصة التي ذكرناها حددت بنفسها كيفية الأخذ بالشفعة.

المبحث الثاني: إجراءات الأخذ بالشفعة.

ذكرنا سابقا أن الشفعة استثناء عن مبدأ الرضائية بين المتعاقدين، ولذلك أحاطها المشرع الجزائري بمجموعة من الإجراءات والقيود بتخلفها يسقط الحق في استعمالها.

وتقسم هذه الإجراءات إلى ثلاث مراحل: مرحلة الإنذار، إعلان الرغبة أو الطلب، ومرحلة الدعوى القضائية.

المطلب الأول: مرحلة الإنذار

نصت المادة 799 من القانون المدني ’لى الآتي: " على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين (30) يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إلى البائع والمشتري وإلا سقط حقه، ويزاد على ذلك الأجل مدة المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك" .

وبذلك يبدأ الأخذ بالشفعة بإجراء أولي يتمثل في توجيه إنذار من البائع أو المشتري إلى الشفيع طالبا منه إبداء رغبته في أخذ العقار المبيع عن طريق الشفعة على أن يشمل الإنذار بيانات قانونية بتخلفها يعد باطلا وتنص على هذه البيانات المادة 800 حيث تنص على: " يجب أن يشمل الإنذار المنصوص عليه في المادة 799 على البيانات التالية وإلا كان باطلا:

– بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافيا.

– بيان الثمن والمصاريف الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه ومهنته وموطنه والأجل الذي قدره ثلاثون (30) يوما للإعلان المنصوص عليه في المادة 799" .

مما تقدم يتبين أن المشرع لم يشترط عند توجيه الإنذار أن يتم بورقة رسمية أو عرفية أي أن الأمر متروك للبائع أو المشتري. إلا أنه من الناحية العملية فإن الإنذار عادة ما يتم بمعرفة محضر قضائي، لكونه ايجب أن يتضمن بيانات دقيقة تحت طائلة البطلان، لذلك فإنه يتم دائما بمعرفة محضر قضائي.

المطلب الثاني: مرحلة إعلان الرغبة

بوصول العلم إلى الشفيع أن العقار قد تم بيعه يكون له إعلان رغبته بأخذه، متبعا جملة من الإجراءات ومتقيدا بمواعيد.

وعلى العكس من الإنذار فإن إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري يجب أن يتم بعقد رسمي (15) أي عن طريق محضر قضائي وإلا كان هذا التصريح باطلا كما لا يمكن الإحتجاج به ضد الغير إلا إذا كان مسجلا حسب المادة 801 من القانون المدني(16) .

وعلى الشفيع إعلان رغبته خلال ثلاثين يوما من توجيه الإنذار إليه، تحت طائلة سقوط حقه في الأخذ بالشفعة.

أما إذا لم يتم إنذاره بذلك فله أجل سنة من يوم شهر عقد البيع بمصلحة الشهر العقاري لإعلان رغبته خلالها (المادة 807 ق.م.)

وبما أن التصريح بالرغبة في الشفعة يجب أن يكون بعقد رسمي وإلا كان باطلا فهو بذلك ليس له أي أثر تجاه الغير إلا إذا كان مشهرا(17) .

كما أوجبت المادة 2/801 من القانون المدني على الشفيع أن يقوم بإيداع ثمن البيع والمصاريف بيد الموثق قبل رفع دعوى الشفعة وذلك خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة، فإن لم يتم هذا الإيداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم يسقط الحق في الشفعة. وبذلك فالشفيع ملزم بإيداع الثمن المذكور بالعقد والمصاريف بين يدي الموثق وذلك للثقة وللجدية في الأخذ بالشفعة.

وتثور مسألة صفة الموثق أهو نفسه الذي حرر عقد البيع أم يكفي أن يتم الإيداع لدى أي موثق ؟

المطلب الثالث: مرحلة رفع الدعوى القضائية

طبقا للمادة 802 ق.م. فإنه " يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 وإلا سقط الحق ".

فالخصوم في دعوى الشفعة هم الشفيع كمدع، والبائع والمشتري كمدعى عليهما، وعليه يجب أن تتوفر في الشفيع الأهلية القانونية الكاملة، وإذا كان ممثلا بوكيل وجب أن تكون الوكالة خاصة.

ويتم رفع الدعوى أمام المحكمة الكائن بدائرة اختصاصها العقار، محترما بذلك الميعاد القانوني المتمثل في ثلاثين يوما من تاريخ إعلان رغبته وإلا سقط حقه.

وتنتهي دعوى الشفعة بصدور حكم إن كان لصالح الشفيع اعتبر سندا للملكية طبقا لأحكام المادة 803

الخاتمة:

الشفعة نظام قانوني، تمتاز بأنها سبب من أسباب اكتساب الملكية، وقيد عليها في نفس الوقت. ويعد هذا القيد استثناء من مبدأ حرية التصرف في الملكية العقارية لأسباب قدرها المشرع لحماية مصلحة قد تكون عامة وقد تكون خاصة، أسوة بالشريعة الإسلامية، وبالتشريعات المقارنة. لكنه وازن بين منح هذه الرخصة للشفيع و حق المشفوع منه، بحيث ألزم الشفيع مقابل الأخذ بالشفعة دفع ثمن العقار المشفوع فيه، فضلا عن تقييده بإجراءات ومواعيد دقيقة تحت طائلة فقد هذه الرخصة، حتى تستقر مراكز البائع والمشتري.

وإذا كانت الشفعة استثناء وليس قاعدة – كما بينا – فإن المشرع توسع في هذا الاستثناء، بحيث منح هذه الرخصة بموجب العديد من القوانين الخاصة. فلم يعد الشفيع هو ذلك الشريك في الشيوع أو

صاحب حق الرقبة أو صاحب حق الانتفاع في العقار. بل وسع نطاق الأخذ بالشفعة من حيث الأشخاص فمنحه لصاحب العقار الفلاحي المجاور. كما منحه للعمال الأجراء إذا ما تم التنازل عن العقار الذي يمارسون فيه عملهم.

أما الدولة وجميع مؤسسات العامة فلها مطلق الحرية في ذلك بموجب ترسانة من النصوص الخاصة التي منحتها هذه الرخصة محددة الإجراءات الواجب إتباعها.

إلا أن الأمر يختلف بالنسبة للأفراد، كونهم لا يفقهون فهم و إتباع الإجراءات التي غالبا ما يكون عدم احترامها أو مخالفتها سببا لبطلان الإجراءات وضياع للحقوق. لذلك يقع العبء على المهنيين القانونيين من محامين ومحضرين وموثقين عبء توجيه النصح للمتعاملين معهم بغية توضيح التزاماتهم و حقوقهم والاحتياطات و الوسائل التي يتطلبها أو يمنحها لهم القانون لضمان نفاذ إرادتهم.

المراجع و الهوامـش

1. د. حسن كيرة: الموجز في أحكام القانون المدني، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة 03، 1994، ص08.
2. د/ وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي و أدلته الجزء الخامس، ط 1985، ص: 792.
3. د. حسن كيرة: مرجع سابق، ص08.
4. د.حسام الدين كامل الأهواني: الحقوق العينية الأصلية أسباب كسب الملكية، طبعة 1998-1999، ص129
5. د.عبد الرزاق احمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني (9) المجلد الأول، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت . لبنان 2000، ص 447.
6. أ.جبار جميلة: مقال بعنوان: نظام الشفعة في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة بين القانون المدني والتشريعات الخاصة ، منشور بمجلة المحكمة العليا – عدد خاص – الغرفة العقارية – الجزء الثالث، الإيداع القانوني 3470-2004، ص 66.
7. د.عبد الرزاق احمد السنهوري: مرجع سابق، ص 470.
8. أ.السيد عبد الوهاب عرفة : الشفعة كسبب لكسب الملكية في العقار في ضوء أحكام محكمة النقض ، المكتب الفني للموسوعات القانونية – الأسكندرية، طبعة 2006، ص 8.
9. د.عبد الرزاق احمد السنهوري: مرجع سابق، ص 545.
10 . د.حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق ص 144.
11. راجع في دراسة هذه الفرضيات: – د.عبد الرزاق احمد السنهوري: مرجع سابق، ص 544 إلى 547. – وايضا، ا. أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الإسلامية و القانون على ضوء اجتهاد المحكمة العليا و مجلس الدولة، الطبعة الأولى 2006 دار هومة ص 54 .
12 . أ/ لعروم مصطفى: مقال بعنوان " الشفعة في القانون المدني" منشور بمجلة الموثق (دورية داخلية متخصصة) العدد رقم: 06 أفريل 99 ص 39.
13 . أ. نغوش أحمد : مقال بعنوان " الشفعة وإجراءاتها في التشريع الجزائري (الجزء الأول) " منشور بنشرة الموثق (نشرة داخلية إعلامية تكوينية، تصدر عن الغرفة الجهوية للموثقين لناحية الشرق) جويلية 2010، ص 47.

14 . هذه المادة كانت تحمل رقم 118 ضمن الأمر رقم: 105/76 المعدل والمتمم المتضمن قانون التسجيل ثم نقلت كما هي لتصبح ضمن قانون الإجراءات الجبائية.

15. مازال نص المادة 801 من القانون المدني يعطي اختصاص تبليغ الإعلان إلى كتابة الضبط في حين أن هذا الاختصاص ألغي بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، الأمر الذي يتطلب تعديل النص.

16 . يستعمل المشرع مصطلح " التسجيل " للدلالة على الشهر أي قيد الإعلان في المحافظة العقارية . في حين أن " للتسجيل " مدلولا آخر وهو إجراء يتم بمصلحة التسجيل التابعة لإدارة الضرائب ويهدف إلى تحصيل رسوم التسجيل وثبوت التاريخ، والمعنيان مختلفان تماما.

17. أ.جبار جميلة: مرجع سابق، ص 76.

أ.سهيلة بوخميس

الاستيلاء الشرعي على الملكية العقارية الخاصة في ظل التشريع الجزائري

جامعة قالمة

مقدمة

يمثل قرار الاستيلاء الشرعي وسيلة الإدارة في الحصول على ملكية الأفراد وخدماتهم بما يحقق الصالح العام، فيشترط لمشروعيته استفاء أركانه القانونية بأن يصدر من مختص في الشكل الذي يحدده القانون، مستندا في ذلك إلى أسباب تبرره ومحل قائم ومشروع مبتغيا تحقيق المصلحة العامة، وقد يصدر هذا القرار، في ظل اختصاص مقيد أو اختصاص تقديري للإدارة، فتخضع بذلك لرقابة القضاء الإداري الذي تكمن مهمته الرئيسية في مجابهة تجاوزات الإدارة عند ممارستها سلطتها التقديرية.

وتبدو أهمية التعرض بالبحث لهذا الموضوع في تحديد معالم نظرية الاستيلاء الشرعي في ظل التشريع الجزائر خاصة وأن الاجتهادات القضائية في هذا الخصوص قليلة، بالرغم من لجوء الإدارة إلى هذا الإجراء في معظم تصرفاتها في الحالات العادية وغير العادية، لذلك كان لابد من التعرف على هذا النوع من الإجراءات التي تلجأ إليه الإدارة مرارا وتكرارا حتى لا يتحول الاستيلاء الشرعي إلى غصب أو تعدي فتنتهك بذلك حقوق الأفراد المحمية دستوريا إذن ما هو الاستيلاء الشرعي؟ ومتى يمكن للإدارة اللجوء إليه؟وكيف يمكن للأفراد حماية حقوقهم عند لجوئها إليه ؟.

إن الإجابة على هذه التساؤلات تقتضي تتبع عملية الاستيلاء الشرعي من حيث تحديد أساسها القانوني وتعريف لها وأهم الخصائص التي تميزها عن التصرفات الأخرى المشابهة لها مرورا بشروط اللجوء إلى هذه العملية التي تعتبر استثناءا من القاعدة العامة التي تقضي بان حقوق الأفراد وحرياتهم يحميها القانون، لنصل إلى أنواع عمليات الاستيلاء الشرعي التي تقوم بها الإدارة وأهم الفروق بين هذه الأخيرة والتصرفات الأخرى المشابهة لها التي تقوم بها الإدارة، وذلك وفقا للخطة الآتية:

المبحث الأول: مفهوم الاستيلاء الشرعي

المبحث الثاني:تمييز الاستيلاء الشرعي عن بعض تصرفات الإدارة المشابهة

المبحث الأول

مفهوم الاستيلاء الشرعي

آثرنا في تحديد مفهوم الاستيلاء الشرعي إلقاء الضوء على تحديد معناه مبرزين ما يتسم به من خصائص وذاتية عن التصرفات الأخرى التي تقوم بها الإدارة، منتهين إلى إبراز شروطه وأنواعه، وقبل كل ذلك تحديد الأسس والمصادر القانونية والتي تجعل من عملية استيلاء الإدارة العامة على ممتلكات الأفراد عملا مشروعا متى توفرت ظروف معينة وذلك على مدار المطالب الآتية:

المطلب الأول: الأساس القانوني لعملية الاستيلاء الشرعي

المطلب الثاني: تعريف الاستيلاء الشرعي

المطلب الثالث:خصائص الاستيلاء الشرعي

المطلب الرابع: شروط الاستيلاء الشرعي

المطلب الأول

الأساس القانوني لعملية الاستيلاء الشرعي

تجد فكرة الاستيلاء الشرعي قواعدها وأحكامها في أسس ومصادر قانونية متنوعة منها:

الفرع الأول: التشريع الأساسي

يشكل الدستور التشريع الأساسي الذي يضمن الحقوق والحريات الفردية والجماعية، ويضفي الشرعية على ممارسات السلطات، ويكفل الحماية القانونية ورقابة عمل السلطات العمومية في مجتمع تسوده الشرعية [1]، وحماية لحقوق الأفراد وحرياتهم، جاء في نص المادة 35 من دستور 1996 :" **يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق و الحريات وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية**" ،كما جاء في نص المادة 52 من نفس الدستور أن الملكية الخاصة مضمونة، فمن خلال هاتين المادتين يتضح أن القاعدة العامة تقضي أن الملكية الخاصة أهم الحقوق الأساسية التي يتمتع بها الأفراد وأن الدستور يكفلها لهم، إلا أنه استثناءا وفي ظروف تستدعي ذلك –سيأتي بيانها– فإنه يحق للإدارة العامة أن تنزع الأفراد حقوقهم كما هو الحال في مسألة نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية والاستيلاء الشرعي وذلك مقابل تعويض أو أجر، وفيا يخص عملية الاستيلاء الشرعي فإنه لم يرد نص في الدستور يسمح للإدارة باللجوء إلى مثل هذا النوع من التصرفات، بيد أن نصوص أخرى متفرقة تناولته سيأتي بيانها[2].

الفرع الثاني:التشريع العادي

جاء التنصيص على فكرة الاستيلاء الشرعي في المصادر القانونية الآتية :

- القانون المدني في المواد من 679 إلى 681 مكرر 3.
- قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الفقرة الثانية من المادة 921.
- قانون البلدية رقم 90-08 في المادة 72، وتقابلها المادة 91 من القانون رقم 11-10 المؤرخ في 2011/06/22 والمتعلق بالبلدية.
- قانون الولاية رقم90-09 في المادتين رقم 99،101، وتقابلها المادتان 116،119 من القانون رقم 12-07 المؤرخ في 2012/02/21 والمتعلق بالولاية.

ولا يخفى على أحد بمكان أن هذه النصوص القانونية تحدد فقط صور الاستيلاء الشرعي إن كان يقع على الأشخاص أو الأموال ولم تحدد إجراءات الاستيلاء الشرعي ولا شروط اللجوء إليه.

الفرع الثالث: التشريع الفرعي

ويتمثل في التنظيم الذي تصدره هيئات وأجهزة الإدارة العامة من قرارات تنظيمية تتعلق بأوضاع و مراكز عامة ومن أمثلتها، المرسوم الرئاسي رقم 92-44 المؤرخ في 1992/02/09 المتضمن حالة الطوارئ- والذي تم إلغاؤه بموجب الأمر رقم 11-01 المؤرخ في 2011/02/23 والمتضمن رفع حالة التطور- والذي يخول – بموجب المادة السادسة منه- لوزير الداخلية والجماعات المحلية والوالي على امتداد تراب ولايته، تسخير العمال للقيام بنشاطهم المهني المعتاد في حالة الإضراب الغير مرخص به أو غير شرعي، ويشمل هذا التسخير المؤسسات العمومية أو الخاصة، للحصول على خدمات ذات منفعة عامة.

المطلب الثاني

تعريف الاستيلاء الشرعي

الاستيلاء الشرعي لغة لفظ مأخوذ من اللغة اللاتينية Requisitio من الفعل Réquirere، وهو في بعض الأحيان مرادف للإدعاء والالتماس Requête حتى للطلبات المتبادلة في استعمالات خاصة جدا، وعلى وجه الخصوص في قانون العقوبات، أما اصطلاحا فسنتعرف عليه من خلال موقف الفقه والقضاء والتشريع.

إن في تعريف عملية الاستيلاء الشرعي أهمية كبيرة تكمن في تحديد شروط اللجوء إليه والسيمات التي تميزه عن غير من التصرفات المشروعة وغير المشروعة التي تقوم بها الإدارة، كنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية والغصب والتعدي والتأميم وغيرها.

إن أقدم صورة للاستيلاء كانت في شكل الاستيلاء الشرعي العسكري الذي ظهر في فرنسا بموجب قانون الثالث من جويليا 1877، الذي يسمح للجيش بالاستيلاء الشرعي في فترة الحرب

على أموال الغير، ثم تطور مفهومه نحو نظام الاستيلاء الشرعي المدني، بموجب قانون الصادر في 1938/07/11 المتمم بالأمر 59-63 المؤرخ في 1959/01/06 [(3)].

الفرع الأول: موقف الفقه

حاول فقهاء القانون وضع تعريف جامع مانع للاستيلاء ومن هذه المحاولات لدينا :

- الاستيلاء الشرعي إجراء جبري تلجأ إليه الإدارة للحصول على الأموال المنقولة وكذلك التمتع بالأموال العقارية[(4)].
- الاستيلاء الشرعي عملية أحادية الجانب تفرضه سلطة مدنية أو عسكرية حسب الحالات، وفقا لأنظمة مختلفة على شخص سوف يعوض عليه لاحقا، لتقديم خدمة أو حاجات منقولة أو التخلي عن التمتع بعقار من أجل تأمين عمل المرافق العامة أو الحاجات العمومية[(5)]، ومن أمثلتها:

– طلب القوة المسلحة أو ما يعرف بتسخير القوات المسلحة للحفاظ على النظام العام.

– مصادرة أو تسخير الأشخاص.

- كما عرف على أنه إجراء قانوني مؤداه إمكانية استيلاء الإدارة مؤقتا على العقارات المملوكة للأفراد في الحالات الطارئة والمستعجلة، بعد إتباع إجراءات معينة في مقابل تعويض عادل[(6)].
- وعرف أيضا على أنه إجراء استثنائي تلجأ إليه الإدارة للحصول على الأموال والخدمات من الأفراد في حالات الضرورة والاستعجال، وذلك عندما لا تسمح طرق القانون المألوفة بتحقيق الغاية المرجوة[(7)].
- LA Réquisition est un procédé forcé qui permet à l'administration de se procurer la propriété et l'usage des biens mobiliers, l'usage des biens immobiliers, le service d'entreprises ou de personnes, la procédure est très simplifiées par rapport à l'expropriation mais l'utilisation est très limité[(8)].

في الواقع بالرغم من تعدد محاولات إيجاد معنى واضح ودقيق لعملية الاستيلاء الشرعي، فإن هذا التصرف يختلف من نظام قانوني إلى آخر، حسب النظام السائد بكل دولة، فكل نظام يحدد موضوعه وإجراءاته وشروط اللجوء إليه، والشيء المشترك والذي تتفق عليه الأنظمة المقارنة هو إمكانية لجوء الإدارة إلى مثل هذا النوع من التصرفات في ظل ظروف استثنائية أو استعجاليه بطرقة مشروعة.

وعلى هذا الأساس يمكننا تعريف الاستيلاء الشرعي على أنه ذلك الإجراء الاستثنائي المؤقت الذي تلجأ إليه الإدارة بموجب نص في القانون بالاستيلاء الشرعي على الأموال العقارية أو المنقولة أو

بتسخير مؤسسات أو أفراد لضمان استمرارية المرافق العامة، وذلك في الحالات التي تقتضيها الظروف الاستثنائية أو الاستعجالية.

الفرع الثاني: موقف القضاء

سواء تعلق الأمر بأحكام الغرفة الإدارية للمحكمة العليا سابقا أو مجلس الدولة حاليا، أو أحكام المحاكم الإدارية، فإن فكرة الاستيلاء الشرعي موجودة والصور الأكثر شيوعا، هي عمليات الاستيلاء الشرعي على الأماكن المخصصة فعلا للسكن أو حالات التسخير الواقعة على الأفراد والمؤسسات، ويلاحظ ندرة الأحكام الصادرة بشأن الاستيلاء على الأموال- سواء كانت عقارات أو منقولات – وذلك لعدم ورود قضاء من هذا النوع على القضاء الإداري الجزائري.

وفيما يتعلق بتحديد القضاء الإداري معنا دقيق لعملية الاستيلاء الشرعي، فإن هذا الأخير يكتفي بالحكم على قرارات الاستيلاء الشرعي بكونها مشروعة أو غير مشروعة من دون أي تفصيل حول هذه المشروعية ومن أمثلة هذه القرارات القضائية لدينا:

- قرار الغرف الإدارية للمحكمة العليا رقم 38213 المؤرخ في 1984/10/20 الذي يقضي ب:" من المقضي قانونا أن نظرية الشغور مبنية على أسس محددة قانونا كالمعاينة والتصريح بالشغور، ومن ثم فإن القرار المتخذ من الإدارة بالاستيلاء الشرعي على عقار دون استيفاء الإجراءات القانونية لحالة الشغور يكون مشوبا بتجاوز السلطة.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن رئيس لدائرة قد قرر من جانب واحد الاستيلاء الشرعي على المحل لصالح شخص طبيعي، معتقدا أن مجرد الإشارة إلى التشريع الخاص بالأملاك الشاغرة، دون الإتيان بدليل على توفر حالة الشغور وحده كاف لتأسيس قراره، فإنه بتصرفه على النحو المذكور كان قراره مشوبا بتجاوز السلطة، ومتى الأمر كذلك استوجب إبطال أمر الاستيلاء الشرعي على المحل المتنازع فيه[9]."

- وفي قرار آخر لنفس الغرفة الإدارية للمحكمة العليا المؤرخ في 1996/07/12، التي قضت ب:" لا يجوز الاستيلاء الشرعي بأي حال من الأحوال على المحلات المخصصة فعلا للسكن وإلا يعتبر مشوبا بعيب خرق القانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال، أن السكن المتنازع عليه مشغول من قبل الطاعنين وأن الشقة المتنازع عليها غير مصرح بشغورها، من ثم فإن قرار والي ولاية عنابة المتضمن الاستيلاء الشرعي على هذا السكن لا يستند إلى أساس قانوني، ذلك أن المادة 679 من القانون المدني تنص في فقرتها على أنه لا استيلاء بأي حال من الأحوال على المحلات المخصصة فعلا للسكن، ولما كان الأمر كذلك استوجب إبطال القرار المطعون فيه لكونه مشوب بعيب خرق القانون[10]."

تجدر الإشارة إلى أن هذه القرارات وغيرها لا تحدد معنى واضح للاستيلاء بل تقدر مدى مشروعيته من خلال تحديد العيب الذي يشوب أحد أركان قرار الاستيلاء الشرعي، إضافة إلى أنها تقر بأنه إجراء استثنائي خوله القانون للإدارة في حالات تقدرها الإدارة نفسها، وأي مخالفة ستؤدي إلى إبطال القرار المطعون فيه.

الفرع الثالث: موقف التشريع

عرف المشرع الجزائري الاستيلاء الشرعي من خلال نص المادة 679 من القانون المدني، كما حدد الشروط الأساسية الواجب توافرها حتى يعتبر هذا التصرف استيلاء بال إضافة إلى الإجراءات الواجبة الإتباع المنصوص عليها في المواد من 680 إلى 681 مكرر3 من نفس القانون.

أما فيما يخص بقية التشريعات الخاصة الأخرى كقانون الانتخابات أو قانون البلدية أو الولاية وغيرها من النصوص القانونية فإن المشرع لم يعرف الاستيلاء الشرعي بل اكتفى بتحديد الموضوعات التي ينصب عليها الاستيلاء الشرعي، والظروف التي تخول الأشخاص المؤهلين قانونا لإصدار قرار الاستيلاء الشرعي، ومن أمثلة ذلك لدينا:

- المادة 46 من قانون الانتخابات التي تخول الوالي إصدار قرار تسخير مصالح الأمن لمساعدة أعضاء مكتب التصويت [11] ، وتقابلها المادة 41 من القانون العضوي رقم 12-01 المؤرخ في 2012/01/12 والمتضمن نظام الانتخابات.
- المادة 91 من قانون البلدية التي تخول رئيس المجلس الشعبي البلدي، في إطار مخططات التنظيم وتقديم الإسعافات، بتسخير الأشخاص والأملاك[12].
- المادة 116 من قانون الولاية التي تخول الوالي، تسخير الشرطة والدرك الوطني المتمركز في إقليم الولاية، عندما تقتضي الظروف الاستثنائية ذلك، وفي المادة 119 نجدها خولت الوالي تسخير الممتلكات إلى جانب الأشخاص[13].

المطلب الثالث

خصائص عملية الاستيلاء الشرعي

للاستيلاء جملة من السيمات الذاتية المتميزة التي تكسبه طبيعة خاصة عن سائر التصرفات التي تقوم بها الإدارة العامة، هذه السيمات تسمح بتحديد طبيعتها القانونية وأنواعها، ومن بين هذه السيمات لدينا:

الفرع الأول: الاستيلاء الشرعي إجراء استثنائي

باستقراء نص المادة 679 من القانون المدني، نجد أنه لا يمكن اللجوء إلى هذا الإجراء إلا في الحالات الاستثنائية[14] والاستعجالية، إلا أن مفهوم هذه الأخيرة يبقى مرن ويخضع لسلطة الإدارة التقديرية، باعتبارها الأدرى بالظروف المحيطة بها.

مما يعني أنه إذا تبين للإدارة أن ظروفا معينة تعيق قيامها بالتزاماتها وتحول دون تحقيقها في ظل الظروف العادية، فإن ذلك يسوغ لها التحرر من التقيد بالقوانين العادية، وإيقاف العمل بها بالقدر الذي يجعلها قادرة على قيامها بواجباتها، والملاحظ أن أصحاب هذا الرأي استندوا إلى قضاء مجلس الدولة الفرنسي المتعلق بالظروف الاستثنائية، الذي يؤخذ عليه باعتبار أن الالتزام بالمحافظة على النظام العام لا يقتصر تحقيقه على الظروف غير العادية، كما أن سير المرافق العامة هو في الحقيقة من أهم الغايات التي ترمي إليها نظرية الظروف الاستثنائية، وبالنسبة لموقف القضاء الإداري الجزائري فإنه لم يحدد مفهوما واضحا للحالة الاستثنائية بل اكتفى بالإشارة إليها فقط، كما حدث في قضية والي ولاية ميلة ضد الشركة الوطنية للمحاسبة [15]،إذ اكتفى مجلس الدولة في هذه القضية بالإشارة إلى أنه لا يمكن للوالي أن يأمر بتسخير الأموال والخدمات إلا في حالتين هما الحالة الاستثنائية والحالة والاستعجالية، وأنه ينبغي على قرار الوالي أن يكون مسببا، وأن ضرورة تسخير المحل لتستغله غرفة التجارة بميلة ليس بحالة استثناء أو استعجال، حتى ولو كانت الشركة الوطنية للمحاسبة قد أهملت المحل الممنوح لها[16].

وقد ذهب كل من الفقه والقضاء الإداريين إلى أنه لا يكفي تعذر مواجهة الإدارة للظرف الاستثنائي بما تتيحه لها القوانين العادية، إذ لابد من مراعاة مدى تناسب الإجراء المتخذ مع الظرف الاستثنائي، لأن عدم ملائمة السلطات المستعملة للإجراء المتخذ قد يؤدي إلى إبطال هذا الأخير، ولتجنب ذلك على الإدارة أن تقتصر على القدر الضروري واللازم لمواجهة مخاطر الظرف الاستثنائي عملا بقاعدة الضرورة تقدر بقدرها، وعليه فإن عنصر الملائمة شرط من الشروط التي يجب أن تراعى حين التفكير في اللجوء إلى تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية[17].

هذا فيما يخص خاصية الاستعجال، أما خاصية التأقيت فإنها صفة تميز الاستيلاء الشرعي عن نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، لأنه إذا كان الاستيلاء الشرعي دائما فإنه يتحول إلى عملية نزع ملكية من أجل منفعة عمومية.

الفرع الثاني: الاستيلاء الشرعي طريق جبري وشرعي

يعتمد الاستيلاء الشرعي على امتيازات السلطة العامة المعهودة للإدارة العامة، ونتيجتها المساس الشرعي بالملكية الخاصة [18]، إذ تلجأ الإدارة– كلما استدعت الظروف الاستثنائية والاستعجالية ذلك، أو لضمان السير الحسن للمرافق العامة — للاستيلاء على ممتلكات الأفراد بموجب أمر يصدر

من السلطة المختصة قانونا، أو بتسخير المؤسسات أو الأشخاص أنفسهم مقابل أجر أو تعويض أو الاثنين معا، وهو إجراء قانوني باعتبار أن أحكامه و قواعده منظمة بمقتضى المواد من 679 إلى681 مكرر3 من القانون المدني.

الفرع الثالث: القصد منه تحقيق المنفعة العمومية

ضمانا لاستمرارية المرافق العامة وتحقيق المنفعة العامة، فإنه يجوز اللجوء إلى طريق الاستيلاء الشرعي ضمن شروط معينة منصوص عليها في أحكام القانون المدني، مما يعني أنه يمنع على الإدارة استخدام الاستيلاء الشرعي إذا كان الغرض منه الانحراف بالسلطة أي تحقيق فائدة خاصة سواء للأفراد أو للإدارة نفسها (موظفيها).

الفرع الرابع:إلزامية التعويض

لما كان في الاستيلاء الشرعي مساس بحق الملكية الخاصة، فإن المشرع الجزائري أخضعه لجملة من القيود كتحديد طريقة إجرائه وكيفية تعويض من استولت الإدارة العامة على أملاكهم أو أجورهم في حال قيامها بتسخيرهم، ولا يخفى على أحد بمكان أن إجراء الاستيلاء الشرعي لا يتطلب تعويضا مسبقا كما هو الحالة بالنسبة لعملية نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ففي بعض الأحيان تلجأ الإدارة إلى استبدال نزع الملكية بالاستيلاء الشرعي، غير أن القضاء الحالي تصدى لهذا العمل واعتبره انحراف بالإجراءات[19].

و تتعدد صور الاستيلاء الشرعي حسب الموضوعات التي ينصب عليها، فبالرجوع لنصي المادتين 679و680 من القانون المدني يتضح أن الاستيلاء الشرعي ينصب على الأموال و الخدمات، وعلى هذا الأساس يمكن تقسيم الاستيلاء الشرعي إلى الصور الآتية:

أولا: الاستيلاء الشرعي على الأموال

ويقصد بالأموال هنا الأموال المنقولة والعقارية، وقد عرفت المادة 683 من القانون المدني على أن العقار هو كل شيء مستقر بحيزة وثابت فيه ولا يمكن نقله دون تلف وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول، وهنا نميز بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا لم يكن لهذه الأموال مالك أو هي لأشخاص متوفين لا وارث لهم، أو الذين تهمل تركتهم، ففي هذه الحالة هي أموال شاغرة وبالتالي هي ملك للدولة ويحق لها الاستيلاء الشرعي عليها من دون توفر أي شرط من شروط اللجوء إلى إجراء الاستيلاء الشرعي.

الحالة الثانية: وهي حالة وجود ملاك لهذه الأموال، مما يستدعي ضرورة مراعاة الإدارة شروط وإجراءات الاستيلاء الشرعي بكل عناية مع تعويض ملاكها، لأن الأمر يتعلق بحق الملكية المحمي دستوريا.

ثانيا: تسخير الأشخاص والخدمات

نصت المادة السادسة من المرسوم الرئاسي 92-44 المؤرخ في 1992/02/09 المتضمن إعلان حالة الطوارئ، على جواز تسخير العمال في حالة الإضراب غير المرخص به، وكذا تسخير المؤسسات العمومية بهدف استمرار الخدمات العامة(20).

وكذلك حالة تأطير سير الانتخابات الذي تستند عليه المواد 39،40،41 من القانون العضوي رقم 12-01 المؤرخ في 2012/01/12 المتعلق بنظام الانتخابات، إذ أجازت مسألة تسخير الموظفين كأعضاء لمكاتب التصويت بمقتضى أمر تسخير من الوالي، كما أجازت إمكانية الاستعانة بالقوة العمومية لحفظ النظام العام وطرد كل شخص يخل بالسير العادي لعمليات التصويت داخل مكتب التصويت، وفي نص المادة 41 من نفس القانون نجد أنها أجازت إمكانية تسخير أماكن مرضية تتوفر فيها شروط الأمن لإيواء الصندوق والوثائق الانتخابية بسبب البعد أو لأسباب أخرى.

المطلب الخامس

شروط الاستيلاء الشرعي

باستقراء نص المادة 679 من القانون المدني، يتضح أنه لا يمكن اللجوء إلى الاستيلاء الشرعي إلا إذا ورد به نص قانوني يخول من يكون مختصا قانونا بإصدار هذا النوع من القرارات، ضمن الظروف التي يحددها القانون أو الظروف التي تخضع لتقدير الإدارة نفسها إذا لم نص، ومن بين هذه الشروط لدينا:

الفرع الأول: توفر ظروف استثنائية واستعجاليه

لابد من توفر ظروف تعيق الإدارة العامة عن قيامها بواجباتها أو التزاماتها، وتحول دون تحقيقها في ظل القوانين العادية، كما هو الحال في حالة الانتخابات أو الحصار أو الكوارث الطبيعية، أو حتى الحرب، غير أن مسألة الحفاظ على النظام العام وضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام وباضطراد لا يقتصر تحقيقه على الظروف غير العادية، بل في كثير من الأحيان تلجأ السلطة المختصة قانونا بإصدار أوامر تسخير أو استيلاء في ظل ظروف استثنائية لكنها ليست خطيرة ولا تهدد النظام العام، مثل ما هو الحالة بالنسبة لتسخير الأمن في فترة امتحانات طلبة البكالوريا، أوفي فترة الانتخابات.

الفرع الثاني: عدم وجود طريق قانوني آخر

فإذا وجد طريق قانوني عادي فإن الإدارة مجبرة على سلوكه، فإن لم يكن فإنه يمكن للإدارة استعمال أموال أخدمات الأفراد فيظل ظروف معينة، فباستقراء نص المادة 679 من القانون المدني نجد أن الإدارة المستفيدة مجبرة أولا أن تتفق بشكل رضائي مع مالك الأموال كقاعدة، إلا أنه استثناءا وفي حالة إذا لم تصل

إلى اتفاق وكانت في حاجة ماسة إلى هذه الأموال أو الخدمات لضمان استمرار خدمات المرفق العام، فإنها تلجأ للاستيلاء عليها وفق إجراءات نص عليها القانون ومقابل تعويض.

وفي هذا الخصوص صرحت الغرفة الإدارية للمحكمة العليا – في سنواتها الأولى للاستغلال أين كان التشريع الفرنسي هو الساري المفعول بمناسبة قرارها الصادر في 1965/07/02 في قضية شركة عين فيكارين والدولة– بأن الاستيلاء الشرعي لا يكون مشروعا إلا عند عدم وجود طريق آخر يؤدي إلى تحقيق نفس الحاجات، وفي قضية الحال فإن الاستيلاء الشرعي استعمل لتمكين ديوان الترقية والتسيير العقاري من حيازة الأرض التي صدر بشأنها قرار بنزع الملكية، ومن ثم فإن الاستيلاء الشرعي غير مشروع، لأن الإدارة تملك طريقا آخر يحقق نفس الأهداف وهو نزع الملكية، واستعمالها للاستيلاء كان بمثابة انحراف بالسلطة وبالإجراءات(21).

الفرع الثالث: عدم الاستيلاء الشرعي على المحلات المخصصة فعلا للسكن

لا يمكن للإدارة بأي حال من الأحوال الاستيلاء الشرعي على المحلات المخصصة فعلا للسكن حتى ولو وجدت ظروف طارئة تمس مبدأ استمرارية المرفق العام بانتظام، وهذا شرط مقيد للإدارة، وعمليا يلاحظ أن غالبية عمليات الاستيلاء الشرعي تقع على المحلات المخصصة فعلا للسكن و يتبين ذلك من خلال أحكام وقرارات القضاء الجزائري(22).

المبحث الثاني

تمييز الاستيلاء الشرعي عن بعض تصرفات الإدارة المشابهة

للاستياء طبيعة خاصة تميزه عن باقي تصرفات الإدارة بالرغم من تشابهه مع العديد منها كعملية نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية أو الارتفاقات أو الغصب أو حتى التعدي، لذا سنحاول تمييز الاستيلاء الشرعي بإتباع النقاط الأساسية الآتية:

المطلب الأول: تمييز الاستيلاء الشرعي عن نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية

المطلب الثاني: تمييز الاستيلاء الشرعي عن التأميم

المطلب الثالث: تمييز الاستيلاء الشرعي عن الغصب

المطلب الرابع: تمييز الاستيلاء الشرعي عن التعدي

المطلب الأول

تمييز الاستيلاء الشرعي عن نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية

يشترك كل من الاستيلاء الشرعي ونزع الملكية في العديد من المسائل، أهمها أن كلاهما إجراء استثنائي لا يتم إلا بعد استنفاذ الطرق الرضائية والتفاوض مع الملاك المعنيين، كما أن كلاهما طريق جبري يعتمد على امتيازات السلطة العامة، إلا أنهما يختلفان في العديد من المسائل أهمها:

الفرع الثاني: من حيث الإجراءات المتبعة

ألزم المشرع الجزائري بإتباع مجموعة من الإجراءات فيما يخص نزع الملكية لتمكينها من اكتساب الأملاك والحقوق العينية العقارية التابعة للخواص بواسطة هذه الوسيلة الجبرية، ومن هذه الإجراءات لدينا: – التصريح بالمنفعة العمومية وتحديد كامل الأملاك والحقوق العقارية المطلوب نزعها والتعريف بهوية المالكين وأصحاب الحقوق الذين انتزعت ملكيتهم.

– إعداد تقرير عن تقييم الأملاك والحقوق المطلوب نزعها، بالإضافة إلى توفر الإعتمادات اللازمة، لضمان التعويض القبلي للأملاك والحقوق المطلوب نزعها(23).

أما بالنسبة لعملية الاستيلاء الشرعي فإننا لا نجد إجراءات خاصة واستثنائية مثلما هو الحال بالنسبة لنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، فكلما توفرت ظروف استثنائية واستعجاليه، يحق لكل سلطة مختصة قانونا أن تصدر أمرا بالاستيلاء الشرعي لضمان السير الحسن للمرافق العامة، مما يشكل خطرا على حقوق الأفراد لعدم وجود ضمانات قانونية تحميهم من تعسف السلطة في استعمال حقها.

الفرع الثالث: من حيث مسألة التعويض واسترجاع الأملاك المنزوعة

يشترط أن يكون التقييم في نزع الملكية منصفا ويغطي كل الأضرار استنادا للقيمة الحقيقية للأملاك حسب طبيعتها وحسب موقعها، ويقدر السعر حسب قيمة الأرض في اليوم الذي تقوم فيه مصلحة الأملاك الوطنية بالتقييم، ويدفع التعويض مسبقا قبل عملية نزع الملكية، أما بالنسبة للاستيلاء فإن طرق دفع التعويض أو الأجر يكون باتفاق بين الأطرف وفي حالة عدم الاتفاق يحدد مبلغ التعويض عن طريق القضاء مع مراعاة ظروف و غرض الاستيلاء الشرعي.

إضافة إلى ذلك يمكن لكل من نزعت ملكيته من أجل المنفعة العمومية أن يطلب استرجاع الأملاك المنزرعة إذا كانت الأشغال لم تنطلق فعيا في المهلة المحددة في القرارات التي رخصت بالعملية، أما بالنسبة للاستيلاء فإنه يمكن للأفراد استرجاع أملاكهم، لأنه إجراء مؤقت بطبيعته ينتهي بانتهاء سبب اللجوء إليه.

المطلب الثاني

تمييز الاستيلاء الشرعي عن التأميم

يتميز الاستيلاء الشرعي عن التأميم في العديد من النقاط سواء من حيث درجة الخطورة أو من حيث طبيعة الإجراء في حد ذاته أو حتى من حيث مسألة استرجاع الأملاك المنزوعة.

الفرع الأول: من حيث درجة الخطورة

يعتبر التأميم أشد تصرفات الإدارة خطورة، باعتباره لا يخضع لرقابة القضاء الإداري باعتباره عمل من أعمال السيادة، وأحد أنواع التصرفات التي تقوم بها السلطة التنفيذية والتي تحيط بها اعتبارات خاصة كسلامة الدولة في الداخل والخارج (24)، وفيه لا تلجأ الإدارة إلى محاولة الحصول على اتفاق ودي قبل التصرف بأي إجراء،

على عكس الاستيلاء الشرعي الذي لا يمكن اللجوء إليه إلا بعد الاتفاق وديا بينها وبين الأفراد المعنيين، هذا ناهيك عن أن التأميم ينصب على الأموال العقارية والحقوق العينية العقارية حتى ولو كانت محلا مخصصة فعلا للسكن بخلاف الاستيلاء الشرعي الذي ينصب على الأموال بنوعيها إلا فيما يتعلق بالأموال المخصصة فعلا للسكن ويخضع للرقابة القضائية باعتباره عمل إداري.

الفرع الثاني:من حيث استرجاع الأملاك المنزوعة

إن إجراء الاستيلاء الشرعي مؤقت باعتباره محدد المدة وبقصد الاستعمال فقط وليس الاكتساب، فإذا ما انتهى سبب الاستيلاء الشرعي تعاد الأموال إلى ملاكها ويمنح لهم تعويض أو أجر حسب نوع الاستيلاء الشرعي، و يجدر التنبيه إلى أن الاستيلاء الشرعي النهائي الذي تفرضه الظروف الطارئة وتحول دون اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها قانونا، يدخل في إطار الاستيلاء الشرعي النهائي بقصد نزع الملكية، وذلك بخلاف التأميم الذي يعتبر إجراء دائم ونهائي ولا يمكن استرجاع الأملاك المنزوعة إلا بموجب نص قانوني[25].

المطلب الثالث

تمييز الاستيلاء الشرعي عن الغصب

يحدث الغصب عندما تجرد الإدارة شخصا من ملكيته العقارية دون سند قانوني مقبول[26]،وفي هذا هو يختلف مع الاستيلاء الشرعي من حيث المشروعية و الموضوع الذي ينصب عليه كل تصرف وكذلك من حيث مسألة التعويض.

الفرع الأول: من حيث المشروعية

لكي نتمكن من تمييز الغصب عن الاستيلاء لا بد من تبيان شروط الغصب وهي أن يكون موضوع التجريد ملكية عقارية أو حق عيني عقاري وأن يكون التجريد غير قانوني وهذا يعني أن الاستيلاء إذا تم بطريقة غير قانونية وانصبت على عقار فإنه يشكل حالة من حالات الغصب لكن بشرط أن لا يكون قرار الغصب مشوبا بلا مشروعية صارخة فنجد أنفسنا أمام حالة تعدي وليس غصب وترجع عملية فحص مدى مشروعية قرارات الغصب في الجزائر إلى القضاء الإداري إذ يقوم القاضي الإداري بفحص مدى سلامة قرارات الغصب من حيث أركانه الخمس ليقوم بإلغائه وهذا على عكس الوضع في فرنسا والتي تعمل بمبدأ ثابت مفاده أن القاضي العادي هو حامي الحريات الأساسية الملكية الفردية وصاحب الاختصاص إذا ما تعلق الأمر بحالات محددة هي الغصب والتعدي والاستيلاء إلا أن الاختصاص العادي في حالة الاستيلاء ليس مطلقا لأن القضاء الإداري يتقاسم الاختصاص مع العادي ويلاحظ عموما أنه عادة ما يعتبر عن الغصب بالاستيلاء غير الشرعي enprise أما الاستيلاء موضوع الدراسة هو ذلك التصرف الشرعي الذي يعرف في كثير من الأحيان بالتسخير la réquisition والذي ترجم إلى النصوص العربية في القانون المدني بشكل خاطئ [27]، إذن

يتميز الاستيلاء عن الغصب بكونه تصرف مشروع صادر من الإدارة وفقا لما نص عليه القانون المدني وقانون نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية وغيرها من النصوص الخاصة الأخرى السابق ذكرها فإذا ما وقع خارج الإطار القانوني وانصب على عقار أو حق غير عقاري فإنه يتحول إلى عملية غصب. (28)

الفرع الثاني: من حيث موضوع التصرف

كما سبق وأن ذكرنا وكما جاء في نصوص القانون المدني الجزائر فإن الاستيلاء الشرعي أو ما يعرف بالتسخير ينصب على الأشخاص والممتلكات (أموال عقارية أو منقولة) وأيضا حتى على المؤسسات (سواء كانت عامة أو خاصة) أما الغصب ينصب على الملكية الخاصة العقارية وهذا ما يؤكده الأستاذ دي لوبادير إذ أن المساس بالأموال المنقولة لا يشكل غصبا لأن الغصب لا يقع إلا على الأموال العقارية) (29)، وبسبب خطورته هذه على الملكية الخاصة العقارية فإن الاختصاص بالفصل في منازعاته يعود للقضاء العادي في فرنسا باعتباره حامي حريات وحقوق الأفراد. (30)

الفرع الثالث: من حيث مسألة التعويض

بالنسبة للاستيلاء الشرعي إذ ا ما تم الاستيلاء في إطاره القانوني فإن الفرد الذي سلبت منه ملكية الخاصة (أموال) أو سخر لقاء خدماته يحق له تعويض عنها أو أجر إذا ما وقع عليه التسخير شخصيا وفقا لما ورد في نص م 680 ق م أما بالنسبة للغصب (استيلاء غير شرعي واقع على عقار) فإنه يرتب المسؤولية على عائق الإدارة التي قامت بتجريد الفرد من ملكية وهي ملزمة بتعويض بنتيجة الضرر الذي سببته له ويلاحظ أنه في كلتا الحالتين سواء الاستيلاء الشرعي أو الغصب يلقى الفرد تعويضا إلا أن سبب التعويض هنا يختلف ففي الحالة الأولى التعويض ناتج عن تصرف مشروع بنص من قانون الذي يخول الإدارة في ظروف تقدرها هي (استثنائية) تسخير الأموال والخدمات لكن لقاء تعويض أو أجر أما في حالة التالية فالتعويض جاء بنتيجة مسؤولية مترتبة على الإدارة على أساس الخطأ وهو عملية استيلاء خالفه القانون وتوجب التعويض عنها

المطلب الخامس: تمييز الاستيلاء عن التعدي LA VOIE DE FAIT

لتمييز التعدي عن الاستيلاء الشرعي لابد من تعريفه وتبيين شروطه, وفي هذا الخصوص نجد الأستاذ دي لوبادير عرفه بأننا نكون بصدد حالة تعدي عند تقوم الإدارة بتصرف مادي مشوب بلا مشروعية صارخة وينصب على ملكية خاصة أو حقوق أساسية للأفراد [31] ومن هذا التعرف تتضح شروط التعدي la voie de fait وهي

1-وجود تصرف يتم بلا مشروعية صارخة

2-أن يرتبط هذا التصرف المادي بحق من الحقوق الأساسية للأفراد إذن يختلف التعدي عن الاستيلاء في عدة جوانب أهمها:

الفرع الأول: من حيث المشروعية

الاستيلاء الشرعي كما سبق وأن ذكرنا هو إجراء استثنائي تتخذ الإدارة في إطاره القانوني وفي ظل ظروف حدودها القانون أما التعدي فهو تصرفها غير مشروع وخطير ومثال ذلك أن تتخذ الإدارة قرارا لست لها سلطة اتخاذ أو تقوم بتنفيذ قرار بالقوة دون أن يكون لها الحق في ذلك أيضا هناك حالة تصرف الإدارة دون وجود قرار سابق[32] وفي مجال التعدي نجد أن سلطات القاضي الإدارية تتسع إذ يمكنه

1-إصدار أوامر للإدارة أوقفت التعدي

2-إرجاع الأملاك التي استولت عليها للخواص مباشرة وذلك في حالة الاستعجال وبموجب أوامر استعجالية الأمر يوقف تنفيذ القرارات الإدارية

وبما أن القاضي الإداري يعامل الإدارة في حالة التعدي معاملة الشخص العادي فإنه باستطاعته أمر الإدارة بتنفيذ الإلزام تحت طائلة الغرامة التهديدية في هذا الصدد نجد أن المجلس الدولة الجزائري في قضية الشركة الجزائرية لتوزيع السيارات ضد بلدية وهران [33] قضي بإلغاء الأمر استأنف وأمر البلدية بوضع حد لحالة التعدي وإرجاع المحلات إلى حالتها الأولى ووضعها تحت تصرف الطاعة (وهي شركة توزيع السيارات) عموما يلاحظ أن اللامشروعية الصارخة التي تميز التعدي عن الاستيلاء الشرعي تكمن في التصرف القانوني الذي تنفذه الإدارة ماديا وهذا يعني أنه إذا لم يتبع التصرف القانوني بتنفيذ مادية فلا يمكن القول بوجود تعدي كما يمكن أن تتجسد هذه اللاشرعية في التصرف المادي المتخذ بتنفيذ التصرف القانوني كأن تقوم الإدارة بالعمل المادي دون اتخاذ التصرف القانوني المسبق واللازم كهذا العمل المادي أو أن تقوم بعمل مادي غير مطابق مع التصرف القانوني نفسه..... أما الأصل في وجود التعدي هو مخالفة التصرف المادي للقانون بمعناه الواسع على عكس الاستيلاء الشرعي الذي يتم في إطار القانون بمعناه الواسع وهذا ليس مبدأ ثابت إذ قد يكون قرار الاستيلاء مستويا بلا مشروعية صارخة فتتحول إلى تعدي

الفرع الثاني: من حيث موضوع التصرف المادي

كما سبق وأن أشرنا فإن التعدي هو تصرف مادي يتخذ لتنفيذ بتصرف قانوني (سواء عقد أو قرار إداري) وأيضا الاستيلاء الشرعي تصرف مادي يتخذ لتنفيذ تصرف قانوني وهو القرار الإداري فقط (قرار الاستيلاء)[34] ويتميز الاستيلاء عن التعدي في كون الاستيلاء يشمل العقارات والمنقولات والخدمات والأشخاص أما التعدي فيأخذ أوسع إذ ينصب على الملكية الخاصة أو أحد الحقوق الأساسية والطبيعية للأفراد مثل حرية الصحافة حرية العبادة حرية وسرية المراسلات حقوق الملكية الفردية العقارية والمنقولة على السواء[35]

الفرع الثالث: من حيث مسألة التعويض

إن مسألة التعويض بالنسبة للتعدي تختلف عنها بالنسبة للاستيلاء لأن التعويض في الحالة الأولى يكون على أساس مسؤولية الإدارة التي ارتكبت خطأ مادي مشوب بلا مشروعية صارخة أما التعويض في

الحالة الثانية فليس على أساس المسؤولية لأن الإدارة لم ترتكب فيه أخطاء بل تدفع التعويض أو الأجر لقاء الاستعمال المؤقت لأملاك الأفراد الخاصة ويشكل رضائي ويلاحظ هناك أنه كما هو الشأن بالنسبة لمسألة الاستيلاء غير الشرعي فإن القاضي الإداري في حالة التعدي يملك سلطات واسعة فبالإضافة إلى الحكم بالتعويض الذي يقدر حسب قيمة الضرر الواقع على الأفراد فإنه يأمر يوقف التعدي تحت طائلة غرامة تهديدية إضافة إلى وقف تنفيذ قرارات التعدي بموجب أوامر إستعجالية وفي ظروف إستعجالية [36]

الخاتمة:

من خلال ما تقدم تمكنا من التعرف بشكل جيد على الاستيلاء الشرعي وتمكنا من استخلاص النتائج التالية:

-إذا ما انصب الاستيلاء فيجب أن يأخذ الأفراد تعويض مسبقا لقاء استغنائهم عن الأموال بشكل مؤقت وأن يتم تقييم التعويض على يد خبير.

-إذا ما انصب الاستيلاء أو ما يعرف في هذه الحالة بالتسخير على الأشخاص أو المؤسسات فإنه يتم تقدير هذه الخدمات على يد خبير يتلقى هؤلاء الأفراد أجوهم لكن بعد الانتهاء من عملية التسخير مثل ما هو الحال في حالة الأموال (عقارات أو منقولات)

-أن الاستيلاء موضوع الدراسة هو الاستيلاء الشرعي فإذا كان غير مشروع, وانصب على عقار فهو غصب وإذا ما كان مشوبا بلا مشروعية صارخة فيتحول إلى تعدي.

-أنه لا يوجد قانون خاص يحكم هذا الإجراء مثل ما هو الحال بالنسبة للتأميم والشغل المؤقت أو الدائم أو نزع الملكية من اجل المنفعة العمومية بل نجد مقيد بيد مجموعة من النصوص العامة والخاصة أساسية موجودة في القانون المدني إذ كان الأجدر أن يكون مثل هذا الإجراء منصوص عليه في أجل نصوص القانون الإداري العام وليس القانون المدني الخاص لأن الأمر يتعلق بتصرفات الإدارة.

قائمة الهوامش:

[1] – ديباجة دستور 1989 ، ودستور 1996 ، ص4.

[2]– ليلى زروقي ، دور القاضي الإداري في مراقبة مدى احترام الإدارة للإجراءات المتعلقة بنزع الملكية الخاصة للمنفعة العمومية، مجلة مجلس الدولة العدد3، 2002، ص13

[3] Code Administratif، 23éme Edition، DALLOZ، Paris، 1994، .p1505

[4] Philipe George –، Edition 72;e droit public، Sery m، Pqris، 1989، p 431

[5] – المعجم الدستوري، أوايفية هاميل، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، 1996، ص 705. أنظر خاصة:

– م ط يعقوب معجم المصطلحات المتخصصة، دار النفيس للطباعو والنشر، 2003،ص 94.

– معجم المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، البليدة، الطبعة الثانية، 2001، ص66، طلب = Requsition

[6] – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (حق الملكية)الجزء8، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة الجديدة، 1998، ص 620.

[7] – مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثالث، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1999، ص 392.

[8] – Gustave peiser، Droit administratif، 15éme Edition، Dalloz، paris، 1996، p 138.

[9] – الغرفة الإدارية للمحكمة العليا، قرار رقم 38213 مؤرخ في 101984/20، مجلة قضائية، العدد الأول 1990، ص 200.

[10]– الغرفة الإدارية للمحكمة العليا قرار رقم 42136 بتاريخ 1986/07/12 مجلة قضائية العدد الأول 1990ص 168.

[11]– تنص المادة 46 من الامر 97-07 المؤرخ في 1997/03/6 المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات " يمكن أن يساعد أعضاء مكتب التصويت المتنقل في مهامهم عناصر مصالح الأمن بناء على تسخير من الوالي "

[12]– المادة 91 من القانون 11-10المتضمن قانون البلدية

[13]– المادة 116، 119 من القانون 12-07المتضمن قانون الولاية.

[14] – تفيدة عبد الرحمن،(نظرية الظروف الاستثنائية في النظام القانوني الجزائري)،رسالة ماجيستير كلية الحقوق، جامعة عنابة، 1990، ص 49.

[15] – الغرفة الأولى ، مجلس الدولة، فهرس 688، قرار غير منشور

[16] – في هذه القضية نحن بصدد مخالفة القانون (مخالفة نص المادة679 من القانون المدني) وعيب السبب لانعدام الحالة الاستعجالية أو الاستثنائية، وقرار التسخير بالتالي غير مشروع

[17] – د..أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية، منشأة المعارف، الاسكندرية، الطبعة الاولى،1996، ص 521.

[18]– لأن الملكية التابعة للدولة لا يمكن المساس بها إلا عن طريق التخصيصAffectuation أو عن طريق التحويل Transfert

[19]– أحمد لرحماني ، نزع الملكية من اجل المنفعة العمومية، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد4، العدد2ن 1994، الجزائر، مركز التوثيق والبحوث الإدارية ، ص 5.

[20] – أنظر خاصة:

– د. مسعود شيهوب، النظرية العامة للمنازعات الإدارية ، الجزء الأول ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة1999،ص 65.

– شارل ديباش، القانون الإداري، الطبعة الخامسة، باريس، 1996، ص 627.

[21] – د.مسعود شيهوب، المبادئ العامة لمنازعات الإدارية، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص394.

[22] – انظر : – الغرفة الاولى، مجلس الدولة، ملف رقم6460، جلسة 2002/09/23، قرار غير منشور.

– الغرفة الإدارية، المحكمة العليا، قرار رقم42136، مؤرخ في 1986/07/12، مجلة قضائية العدد4، سنة 1990، ص 168.

[23]– هذا ما استخلص من نص المادة 3 من القانون 91-11.

[24]–بمزيد من الاطلاع حول موضوع التأميم أنظر د محمد انس قاسم جعفر النظرية العامة لأملاك الإدارة والأشغال العمومية الجزائر ، د م ج الطبعة الثالثة 1992 ص 60 وما بعدها و د محمد يوسف المعداوي مذكرات في الأموال العامة والأشغال العامة الجزء الأول الأموال العامة الجزائر د م ج الطبعة الثانية1992 ص 38 وما بعدها.

[25] – وهو نص المادة 76 من القانون رقم 90-25 المؤرخ في 1994/11/18 المتضمن التوجيه العقاري إذ تضع هذه المادة شروط استرجاع الأراضي المؤمنة ومن دون أن تحمل الدولة أي مسؤولية أو أي تعويض لصالح المالك الأصلي باستثناء ما ورد في الفقرة 5 من المادة المذكورة أعلاه والتي تقضي بإمكانية تقديم تعويض عادل و منصف في شكل أراضي أو وسائل مالية.

[26] - jean marie auby.et robert bucos ader، les institutoin admirustaratif، 4eme editon، daloy، paris، 1978، p 429

[27]– مسعود شيهوب ، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية ،الجزء الأول، المرجع السابق،ص 130 .

[28]– رشيد خلوفي قانون المنازعات الإدارية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر 2004 ، ص 289.

[29] André de Laubadère -، **traité élementaire de droit administratif**، 9eme édition، Dalloz، Paris، 1984، p 510

[30]- هذا راجع لأسباب تاريخية وفي هذا أنظر :

Michel ricard -، **la pratique du contentieux administratif et fiscale**، 2eme édition، Paris، 1979 p 187 et 199.

[31] - مجلس الدولة الغرفة الثانية قرار غير منشور مؤرخ في 1999/02/01 فهرس 39.

[32] – André de Laubadère، op cit، p 512 • Charle debbach، **institution et droit administratif**، 3eme édition، PUF، 1992. p 354

[33] - حسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثاني، دار هومه، الجزائر، سنة2004، ص 20

[34] – مسعود شيهوب المبادئ العامة للمنازعات الإدارية ج1 ، ص 135.

[35]– لمزيد من الإطلاع أنظر:

Francis Paul Benoit–، op cit، p 421.424.428 .

André de Laubadére -، op cit ، p 512.516.

[36]- حيث نجده ذكر بوضوح في قضية رقم 105528 بتاريخ 1993/04/25 قرار غير منشور حيث ان مجال التعدي يجوز للقاضي الإداري توجيه أوامر للأدارة ، قرار للغرفة الغدارية المحكمة العليا

أ.مايا دقايشية

الوصية كقيد على الملكية العقارية الخاصة

جامعة قالمة

يعتبر إثبات الوصية الواردة على عقار مسألة بالغة الأهمية توجب على القاضي التأكد جيدا من تاريخ انعقادها بهدف الوصول إلى تحديد دقيق للقوانين التي تحكمها وذلك تفاديا للاصطدام بقاعدة عدم رجعية القوانين.

وبما أن قانون الأسرة يعد أول مدونة قانونية نظمت بشكل صريح أحكام الوصية نطرح التساؤل الآتي:

كيف تثبت الوصية الواردة على عقار في ظل أحكام قانون الأسرة؟وماهي طرق ووسائل إثباتها قبل صدوره ؟

وللإجابة على هذه الإشكالية يتوجب علينا البحث في الحقبة الزمنية السابقة لصدور قانون الأسرة وهو ما يفرض علينا الوقوف أمام الأمر 91/70 المتعلق بالتوثيق باعتباره نقطة تحول هامة فرضت الرسمية على كل التصرفات الواردة على عقار.

وتأسيا عليه سنبحث الموضوع وفقا للخطة الآتية:

المبحث الأول: إثبات الوصية الواردة على عقار قبل صدور قانون الأسرة

المطلب الأول: إثباتها قبل صدور الأمر 91/70 المتعلق بالتوثيق

المطلب الثاني: إثباتها بعد صدور الأمر 91/70

المبحث الثاني: إثبات الوصية الواردة على عقاربعد صدور قانون الأسرة

المطلب الأول: إثباتها بعقد توثيقي

المطلب الثاني: إثباتها بحكم قضائي

المبحث الأول: إثبات الوصية الواردة على عقار قبل صدور قانون الأسرة

إن البحث في الحقبة الزمنية السابقة لصدور قانون الأسرة يفرض علينا الوقوف أمام الأمر 91/70 المتعلق بالتوثيق[1] باعتباره نقطة تحول هامة فرضت الرسمية على كل التصرفات الواردة على العقار.

وبناء عليه تناولنا المبحث في مطلبين الأول يحوي إثبات الوصية قبل صدور الأمر 91/70 والثاني يعالج مرحلة ما بعد صدوره.

المطلب الأول: إثباتها قبل صدور الأمر 91/70 المتعلق بالتوثيق

لم يكن هناك أثناء هذه الفترة نص قانوني خاص بإثبات الوصية. فمع فجر الإستقلال صدر الأمر 157/62 ليمدد العمل بالقوانين الفرنسية باستثناء النصوص المخالفة للسيادة الوطنية.

غير أن التمديد لم يشمل سوى العلاقات المالية بين الأفراد لأن مسائل الأحوال الشخصية قد خضعت إلى أحكام الشريعة الإسلامية حتى إبان الإستعمار. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 63219 المؤرخ في 1990/10/17[2]والذي جاء فيه الآتي:" إن المجلس قد أخطأ في تطبيق القانون وخالف مبادئ الشريعة الإسلامية ذلك أن الموصي هو رجل مسلم وجزائري وتطبق عليه أحكام الشريعة الإسلامية في الجزائر حتى في عهد الإستعمار الفرنسي سنة 1952 وإن شرط تطبيق القانون الفرنسي هو شرط ملغى لأنه مخالف للشريعة الإسلامية وتصح وصيته في حدود ثلث التركة".

وتأسيسا عليه وباعتبار الوصية من صميم الأحوال الشخصية فإنها لا تحتاج من الناحية الشرعية إلى شكل خاص تفرغ فيه كما يجوز إثباتها بكافة وسائل الإثبات، وهو ما كرسه المجلس الأعلى في العديد من قراراته[3].

وجدير بالإشارة أن القضاء الجزائري قد جانب الصواب في قرار المجلس الأعلى رقم 66151 المؤرخ في 1990/05/19[4] والذي أخضع فيه الوصية المحررة في 1960 إلى القانون المدني الفرنسي الساري آنذاك ، وتأكد من خضوعها للشكليات التي يوجبها القانون، في حين أن هذا الأخير يوكل مسائل الأحوال الشخصية إلى الشريعة الإسلامية شكلا وموضوعا[5].

هذا وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي فإن إثبات الوصية يتحقق بطرق الإثبات الشرعية[6]كالكتابة والشهادة.

أولا: الكتابة

تعد الكتابة من الأمور المعتبرة في إثبات الوصية ودليل ذلك قوله (صلى اله عليه وسلم): " ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده" [7]. فهل يجوز الاعتماد على خط الموصي لوحده أم يجب الإشهاد عليه؟

إجابة على هذا التساؤل كان للفقهاء الآراء الآتية:

مذهب الحنفية والشافعية: لا تثبت الوصية عندهم بالخط المجرد، بل يجب قراءة الكتاب على الشهود لسماع مضمونه، أو قراءته على الموصي فيقر بما فيه[8] .

مذهب المالكية: تثبت الوصية المكتوبة بالإشهاد عليها وإن لم يعلم الشهود محتواها إذ يكفي أن يعرفوا بأنه لكتاب بعينه[9]

وتثبت بالكتابة وحدها إذا كانت بخط الموصي وقال "نفذوها" فتنفذ بعد موته إذا عرف خطه، فإذا لم يقل" نفذوها" أو" فلينفذ ما كتب بخطي" فإنها لا تنفذ لاحتمال رجوعه فيها [10]. فإن هو كتبها وأخرج الكتاب ولم يسترده قبل وفاته بقيت الوصية قائمة ولم تبطل[11] .

مذهب الحنابلة: يفرق أصحاب هذا المذهب بين حالتين[12]:

* **الأولى**: هي أن يكتب الموصي وصيته بخط يديه ولا يشهد عليها،فيرى فريق منهم أن الوصية تقبل إذا عرف خطه أو كان مشهور الخط ، فيحكم بها ما لم يعلم رجوعه عنها، وهذا هو المذهب مطلقا، ويرى الفريق الآخر عدم قبول الكتابة ولا الختم إلا بإقرار الموصي أو سماع الشهود لمحتوى الوصية.

* **الثانية**: هي أن يكتب الموصي وصيته ويقول اشهدوا علي بما فيها، وفي مثل هذه الصورة رأيين؛ الأول يجيز الوصية وإن لم يعلم الشهود مضمونها، والثاني لا يجيزها حتى يسمع الشهود ما في الكتاب.

هذا ويستحب عند الحنابلة كتابة الوصية والإشهاد عليها لأن ذلك أحفظ لها وأحوط لما فيها.

ثانيا: الشهــادة[13]

قد تكون الوصية شفوية فهل يكفي الإشهاد العاري لثبوتها؟

نعم لقد عد العلماء الإشهاد العاري عن الكتابة دليلا لإثبات الوصية وذلك مصداقا لقوله تعالى: ﴿**يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذو عدل منكم** ﴾.[14] فهذه الآية هي دليل صريح على مشروعية الإشهاد على الوصية[15].

والإشهاد هو إخبار عن علم لا عن ظن أوشك ليقضى بمقتضاه لقوله سبحانه : ﴿ [illegible] ﴾[16] .

هذا وللقاضي السلطة التقديرية لقيمة الشهادة ومدى اطمئنانه وقناعته بها[17] .

وعلى ضوء ما تقدم نستخلص أن الفقهاء رغم اختلافهم حول حجية أدلة إثبات الوصية إلا أن جميعهم أكد على مسألة عدم العلم بالرجوع ليتأكد نفاذها.

وبما أن ما يثبت بالدليل لا يزول بالشك [18] فإن ثبوت الوصية لا يرتفع إلا بدليل قاطع ولا يحكم بزوالها لمجرد الشك قياسا بعدم ثبوتها لمجرد الشك ولكن بدليل إثبات يؤكدها.

المطلب الثاني: إثباتها بعد صدور الأمر 70/ 91المتعلق بالتوثيق

سبق وأن خلصنا إلى أنه لا يشترط إفراغ الوصية في صيغة شكلية خاصة، فقد تكون شفوية أو عرفية أو رسمية، سواء كان محلها عقارا أو منقولا.

لكن وبصدور الأمر 91/70 فرضت الرسمية على كل التصرفات الواردة على العقار [19] ،إذ يعتبر هذا الأمرنقطة تحول هامة في المعاملات العقارية، فقد جاءت المادة 12 منه بقاعدة مفادها أن جميع التصرفات الواردة على

عقار يجب أن تخضع للشكل الرسمي، وقد حولت إلى نص المادة 324 مكرر 1 المستحدثة بموجب تعديل 88-14 للقانون المدني والمؤرخ في 3 مايو 1988، والتي تنص على:" زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب ، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية، أو محلات تجارية أو صناعية أوكل عنصر من عناصرها... في كل رسمي ، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد".

بناء على هذا النص فرضت الكتابة الرسمية[20] على المعاملات العقارية كركن ركين لا كشرط لإثبات العقد[21].

وبما أن الوصية تصرف ناقل للملكية بعد الوفاة استوجب ذلك إفراغها في قالب رسمي متى انعقد محلها على عقار، وذلك تحت طائلة البطلان.

هذا ويرى البعض من الفقه أن الوصية تخرج من نطاق تطبيق نص المادة 324 مكرر 1 باعتبارها خاصة بالعقود لا بالتصرفات الإنفرادية[22].

ونرد على هذا الرأي بالحجج الآتية:

- أن إقرار الوصية العرفية المنعقدة على عقار سيؤدي إلى عدم استقرار المعاملات العقارية واضطرابها .
- أنه لا يمكن استبعاد الوصية من نطاق تطبيق قاعدة الرسمية في المعاملات العقارية لعدم وجود نص يستثنيها.
- أن المشرع ألزم الورثة والموصى لهم باللجوء إلى الموثق لإعداد شهادة توثيقية[23] إذا اشتملت التركة على حقوق عقارية، وهو ما جاء بنص المادة 91 من المرسوم 63/79 المتضمن تأسيس السجل العقاري[24] ، حيث نصت على: " كل انتقال أو إنشاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة ضمن الآجال المحددة في المادة 99 يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة".

وتخضع الشهادة التوثيقية للشهر[25] بناء على نص المادة 39 من نفس المرسوم، والتي جاء فيها: " عندما يتم إشهار شهادة موثقة بعد وفاة تثبت الانتقال المشاع للأملاك باسم مختلف الورثة أو الموصى لهم، فإنه يؤشر على بطاقة العقار بأسماء جميع المالكين على الشياع وبالحصة التي تعود لكل واحد منهم عندما يكون ذلك مبين في الشهادة". وتأسيسا عليه فإن الورثة والموصى لهم يتقدمون إلى الموثق لطلب إعداد شهادة توثيقية في أجل ستة أشهر من الوفاة، ويقوم الموثق بتحريرها استنادا إلى عقود رسمية تثبت الملكية[26] ، ثم تشهر تحت رقابة المحافظ العقاري الذي لا يقوم بشهر أي وثيقة في مجموعة البطاقات العقارية إلا بعد التأكد من سلامتها شكلا وموضوعا استنادا إلى مبدأ الشرعية[27] .

وبناء على ذلك فإن الوثائق والسندات المقدمة لاستخراج شهادة موثقة يجب أن تلبس ثوب الرسمية، الأمر الذي يؤكد استبعاد الوصية العرفية الواقعة على عقار.

إضافة إلى ما تقدم فإن كل عقد يكون موضوع إشهار يجب أن يقدم في شكل رسمي وهو ما نصت عليه المادة 61 من المرسوم 63/76. وعليه فلا يعقل أن يتقدم الموصى له بعقد عرفي لوصية عقارية.

وحوصلة القول أنه قبل سنة 1971 كان مبدأ الرضائية هو الذي يطبع المعاملات العقارية، فكانت الوصية إما شفوية أو عرفية أو رسمية وإن انصبت على عقار، ثم جاء المشرع بالأمر 91/70 ليفرض الرسمية على كل المعاملات العقارية بما فيهم الوصية ويؤكد على ذلك بالمراسيم التي تلته.

المبحث الثاني: إثبات الوصية الواردة على عقار بعد صدور قانون الأسرة

يعتبر صدور قانون الأسرة سنة 1984 نقطة تحول جديدة ذات أهمية بالغة،إذ جاء بالجديد فيما يخص إثبات الوصية فقد نصت المادة 191 منه على الآتي:

" تثبت الوصية:

1 - بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك.

2 - في حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم، ويؤشر به على هامش (عقد)[28] أصل الملكية"

بناء عليه تناولنا المبحث في مطلبين: الأول يتضمن إثبات الوصية بعقد توثيقي والثاني يدرس الإثبات بموجب حكم قضائي.

المطلب الأول: إثباتها بعقد توثيقي

جدير بالإشارة إلى أن العقود الرسمية نوعان: 1) تعاقدية: يوجب القانون فيها توافر إرادتين متبادلتين أي إيجاب وقبول. 2) تصريحية: يقتصر فيها دور الموثق على استقبال التصريح ويحرر بشأنه عقد في قالب رسمي متى كان موافقا للقانون.

وتدخل الوصية ضمن مصف العقود [29] التصريحية الإحتفائية ، فقد ألزمت المادة 191 قانون الأسرة إلباس الوصية ثوب الرسمية حتى يتسنى إثباتها، ويتم ذلك على النحو الآتي:

أن يتقدم الموصي أو وكيله إلى الموثق [30] ليصرح بوصيته، فيستقبل الموثق تصريحه ويحرر بشأنه عقدا رسميا. ويتم ذلك في حضور شاهدين [31]– تحت طائلة البطلان – وهو ما فرضته المادة 324 مكرر 3 من القانون المدني.ثم تسجل الوصية بمصلحة التسجيل والطابع بمفتشية الضرائب . وجدير بالذكر أن الحقوق العقارية المكتسبة عن طريق الوصية لا يجب شهرها في حياة الموصي في القانون الجزائري لانعدام النص الخاص بذلك، هو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 211880 المؤرخ في 30 ماي 2001 والذي جاء فيه :"لكن حيث أنه ولتعلق الأمر بتصرف ما بعد الموت (وصية) فإن القانون لا يشترط شهر العقد". [32]

1) أن يتقدم الموصي أمام القنصل الجزائري إذا كان يقطن بالخارج، فيحرر له عقدا بذلك ، فقد أعطى المرسوم 60/77 [33] المؤرخ في 01 مارس 77 صفة الموثق للقناصلة بنص المادة 02 فقرة 03.

المطلب الثاني: إثباتها بحكم قضائي

نصت الفقرة الثانية من المادة 191 قانون الأسرة على أنه:" في حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم،ويؤشر به على هامش (عقد) أصل الملكية".وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم413209الصادرفي01/16/ 2008والذي جاء في حيثياته الآتي:"إن القرار المطعون فيه استبعد إمكانية إثبات الوصية عن طريق القضاء عندما يحدث المانع القاهر الذي يحول دون استطاعة الموصي لإعداد وصيته أمام الموثق،مع أن المادة 191من قانون الأسرة واضحة كل الوضوح في إثبات الوصية في حالة وجود مانع قاهربحكم شرط وجود وصية شفويةوإثبات المانع القاهروتقديم عقد الملكية،والطاعنة استطاعت أمام المحكمةوأمام المجلس تلبية جميع تلك الشروط وقدمت مايثبت وجود المانع القاهر وهو الوفاة المفاجئة للموصية وقدمت شهودا أمام المحكمة اثبتوا ذلك كما قدمت نسخا من عقود الملكية.حيث أنه تبين فعلا بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس أسسوا قرارهم على أن الوصية الشفوية التي تطالب الطاعنة بإثباتها عن طريق القضاء غير ممكنة لأنه يجب إفراغها في الشكل الرسمي والتصريح بها أمام الموثق.وحيث أن هذا التسبيب خاطىء ويخالف نص المادة 2/191من قانون الأسرة..وعليه فإن هذا الوجه مؤسس وينجر عنه نقض القرار المطعون فيه".

من خلال ذلك نخلص إلى قاعدة مفادها أن الإفلات من وجوب إثبات الوصية بعقد توثيقي مشروط بقيام المانع القاهر أو القوة القاهرة كما ورد بالنص الفرنسي، ويكون القاضي مقيدا بضرورة التحقق من قيام ذلك المانع ،فيبينه في حكمه وكذا طريقة ثبوته أمامه[34] .

وتعرف القوة القاهرة بأنها أمر غير متوقع الحصول وغير ممكن الدفع ، يجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا دون أن يكون هناك خطأ من جانب المدين[35].

وتأسيسا عليه لا نتصور قوة قاهرة تحول دون تصريح الموصي بوصيته أمام الموثق غير الموت المفاجئ أو مرض الموت الذي يشل فيه الموصي ويعجز عجزا كليا عن الكلام والتعبير بأدنى حركة. فالشخص الذي يوصي أمام الشهود ويعيش لسنوات طويلة في صحة جيدة دون أن يتقدم للموثق ليضفي صفة الرسمية على وصيته تنتفي في حقه حالة القوة القاهرة.

أما إذا تقدم الموصي أمام الموثق وصرح بوصيته، ثم انتابته نوبة قلبية مثلا أدت بحياته قبل أن يوقع على العقد، أو صرح بوصيته أمام الشهود ثم انتقل معهم إلى الموثق ليحرر عقدا بذلك وإذ بسيارة تصدمه فتزهق روحه ، أو كتب ورقة عرفية في المستشفى أمام الطبيب قبل أن يلفظ أنفاسه الأخيرة، جاز في هذه الحالات اللجوء إلى

القضاء لإثبات الوصية بحكم، ويقع على القاضي دائما عبء التحقق من مدى سعي الموصي لتوثيق وصيته ومدى قيام المانع القاهر الذي منعه من ذلك.

وختاما نشير إلى أن القسم العقاري بالمحكمة هو المختص بالنظر في قضايا الوصايا المتعلقة بالعقارات حسب نص المادة 512 فقرة 7 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[36].

الهوامش:

1- أمر 91/70 مؤرخ في 70/12/15 المتعلق بالتوثيق ،وقد دخل حيز النفاذ في 71/01/01 (جريدة رسمية رقم 107 لسنة 70). هذا وقد استحدث قانون خاص بالتوثيق وهو القانون 27/88 المؤرخ في 12 يوليو 88(جريدة رسمية رقم 28 لسنة 88)

والذي ألغي بموجب أحكام القانون 02/06 المؤرخ في 2006/02/20 والمتضمن تنظيم مهنة التوثيق (جريدة رسمية رقم 14 لسنة 2006).

2- المجلة القضائية لسنة 91، العدد 02، ص 79.

3- يراجع القرار المؤرخ في 1969/04/30. والمشار إليه في المراجع الآتية: عمر حمدي باشا ، عقود التبرعات، دار هومة، الجزائر،دط،ص 167.*عمر حمدي باشا، القضاء العقاري، دار هومة، الجزائر،د ط، 2008، ص 268 . * محمودي عبد العزيز، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، دط، 91، ص 20 .

4- المجلة القضائية لسنة 93، عدد 03، ص 205.

5- خضعت الملكية بين الجزائريين للشريعة الإسلامية في الريف، وخضعت للقانون المدني الفرنسي القديم في الوسط الحضري ماعدا تلك التي تخص الأحوال الشخصية.ينظر : عمر حمدي باشا، نقل الملكية العقارية ، دار هومة، الجزائر،دط ، ص 72. هذا وقد كانت العقود الناقلة للملكية العقارية والمتعلقة بالأحوال الشخصية تحرر قبل الإستقلال من طرف المحاكم الشرعية ، وقد أكد المجلس الأعلى على الصيغة الرسمية لتلك العقود في قراراه رقم 40037 الصادر بتاريخ 1989/06/03.المجلة القضائية لسنة 92، عدد 01، ص199.

6- يقصد بالطرق أو وسائل الإثبات الشرعية الحجج المؤيدة للدعوى والتي يصل بها القاضي إلى الحق.
ينظر: ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، مطبعة الإتحاد الشرقي، سوريا، د.ط، دت، ص94 .

7- البخاري، صحيح البخاري، دار الكتب العلمية،لبنان،دط،دت، كتاب الوصايا، باب الوصايا، حديث رقم2738، ج2، ص 286.

8- ابن عابدين، رد المحتار، ج10،ص355 * الشربيني،مغني المحتاج، ج3، ص 53..

9- الإمام مالك، المدونة، ج 15، ص 13 * الزرقاني، شرح الزرقاني، ج8، ص 198.

10- التاسولي،البهجة في شرح التحفة، ج2، ص288 * الزرقاني، المصدر السابق،ص198.

11- الحطاب، مواهب الجليل ، ج6، ص 488 .

12- ابن قدامة، المغني، ج6، ص 488، 489، 490.*المرداوي ،الإنصاف ،ج7، ص 188.*البهوتي، كشاف القناع، ج4، ص 337، 338.

13- الشهادة بمعنى الحضور والإطلاع والمعاينة والعلم والإدراك، وهي خبر قاطع.ينظر: ابن المنظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج4، ص 238، مادة (شهد) .

14- المائدة : 106.

15- ابن كثير، تفسير القرآن الكريم، دار ابن الحزم، لبنان، ط1، 2002، ج2، ص 1026. ويراجع في شروط الشهادة: د.فطري أبو صفية، طرق الإثبات في القضاء الإسلامي، شركة الشهاب ، الجزائر، دط، د ت، ص46 وما يليها.

16- الإسراء: 36 .

17- محمود محمد هشام،القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، جامعة الملك سعود، السعودية، دط، 1988، ص 308.

18- وذلك إعمالا لقاعدة اليقين لا يزول بالشك يراجع في شرحها: عبد المومن بلباقي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها، جامعة الأمير عبد القادر ، قسنطينة، دط، دت ، ص 38 وما يليها.

19- عرف المشرع الجزائري العقار بنص المادة 683 مدني كالآتي:" كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه، ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول". هذا ويعتبر مالا عقاريا كل حق عيني على عقار بنص المادة 684 مدني. للتفصيل في التفرقة بين العقار والمنقول يراجع: د. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج8، ص11 وما يليها.

20- يمر العقد الرسمي الناقل للملكية العقارية بمجموعة من المراحل هي: * إبرام العقد أمام الموثق بالنسبة للأملاك التابعة للخواص وبمعية مدير أملاك الدولة بالنسبة للعقارات التابعة لهذه الأخيرة.* تسجيله لدى مصلحة التسجيل والطابع بمفتشية الضرائب قصد تحصيل الدولة للجانب الضريبي لصالح الخزينة العمومية.* شهره بالمحافظة العقارية كي ينتج أثره العيني وهو نقل الملكية العقارية.

للتفصيل يراجع: عمر حمدي باشا، نقل الملكية العقارية، مرجع سابق، ص 111 وما يليها.

21- جدير بالإشارة إلى أن الكتابة تعد مقررة للإنعقاد إذا رتب القانون على تخلفها البطلان، أي أنه لا وجود للتصرف دونها، ولا يمكن إثباته بالإقرار أو اليمين الحاسمة.وتعد الكتابة مقررة للإثبات إذا كان تخلفها لا يرتب البطلان وإنما لا يجوز إثبات التصرف إذا زادت قيمته على النصاب القانوني المحدد بالمدة 333 مدني بشهادة الشهود أو القرائن.ينظر: عمر حمدي باشا، ،المرجع السابق، تهميش ص127.

22- محمودي عبد العزيز، رد التحايل على أحكام الميراث، مرجع سابق، ص 21 .

23- الشهادة التوثيقية هي أداة فنية لشهر حق الإرث في مجموعة البطاقات العقارية عن طريق شهادة تحرر من قبل الموثق تفيد انتقال الملكية العقارية من المالك إلى الورثة أو الموصى لهم.ينظر : عمر حمدي باشا، ليلى زروقي، المنازعات العقارية ، دار هومة، الجزائر،ط3، 2007، ص 209.

24- المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 76 المتضمن تأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم ، جريدة رسمية رقم 30 لسنة 76.

25- يعتمد الشهر العقاري على نظامين: **نظام الشهر الشخصي** : وفيه يعلن التصرف على أسماء الأشخاص القائمين به. **ونظام الشهر العيني** والذي يرتكز على العين ذاتها ، أي العقار محل التصرف ويعد نظام الإشهار العقاري الحالي في الجزائر مزيجا بين الشخصي والعيني في انتظار تعميم عملية المسح العقاري.
للتفصيل يراجع: عمر حمدي باشا، نقل المكية العقارية ، مرجع سابق، ص 118.* جمال بوشناقة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، دط، 2006، ص 15 وما بعدها.* عمر حمدي باشا، ليلى زرقي، المنازعات العقارية، مرجع سابق، ص 37 وما بعدها.* د. رمول خالد، دوة آسيا ، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري ، دار هومة، الجزائر، دط، 2008، ص 23. *الهادي سليمي، إجراءات نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري،مذكرة ماجستيرفي القانون الخاص،فرع القانون العقاري،معهد الحقوق،المركز الجامعي تبسة، 2008،ص99 و ما بعدها.

26- عمر حمدي باشا، ليلى زروقي، المنازعات العقارية، مرجع سابق،ص 210.

27- مبدأ الشرعية هو أحد المبادئ التي تحكم نظام الشهر العيني ومفاده إلزام المحافظ العقاري بتفحص كل الوثائق والعقود والتحقق من صحة التصرف ومن سند الملكية بدقة قبل الشهر.للتفصيل يراجع: مرجع نفسه، ص 44. * جمال بوشناقة ، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 31، 32.

28- سقطت من النص العربي كلمة (عقد) الموجودة بالنص الفرنسيَ((Acte original de propriété .ينظرالجريدة الرسمية رقم24لسنة84 المتضمنة قانون الأسرة بنصيها العربي والفرنسي.على موقع: www.joradp.dz

29- ينظر: عمر حمدي باشا، نقل الملكية العقارية ، مرجع سابق، تهميش ص 107. * عمر حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، مرجع سابق ، ص 29 وما يليها.

30- كان الموثق عبارة عن موظف عام يمارس مهامه بمقر المحكمة طبقا لنص المادة 02 من الأمر 91/70 ، لكن بعد استحداث قانون خاص بالتوثيق وهو القانون 27/88 استقل الموثق ليصبح ضابط عمومي صاحب مكتب خاص..

31- يجب أن يكون الشهود الحضور شهود عدل لا شهود إثبات، أي من غير أقرباء أو أصهار الأطراف المتعاقدة. ينظر : عمر حمدي باشا، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، ص 27 وما يليها.

32- قرار غير منشور،للتفصيل يراجع: عمر حمدي باشا، عقود التبرعات ، مرجع سابق ،ص 68، 69، 70.* د.بن شويخ رشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2008، ص 72.

33- المرسوم 60/77 يتضمن تحديد اختصاصات قناصل الجزائر، جريدة رسمية رقم 28 لسنة 77.

34- علاوة بوتغرار، الوصية تطرح نقائص، **مجلة الموثق**، 2001، عدد 01، ص 09.*فيروز سخان، إثبات الملكية العقارية عن طريق الحكم القضائي،مذكرة ماجستير في القانون الخاص،فرع القانون العقاري،معهد الحقوق،المركز الجامعي سوق اهراس،2008،ص64.

35- د. السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، مجلد 2 ، ج6 ، ص 126 وما بعدها.
* د. كمال الدرع ، الأعذار الطارئة في الفقه الإسلامي ، رسالة ماجستير في الفقه وأصوله ، معهد الشريعة، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، 1996، ص 45.

36- ينظر : قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية . جريدة رسمية رقم21 لسنة 2008.

د.عصام نجاح

حقوق الارتفاق الراجعة للانتفاع بالمياه

جامعة قالمة

ان من القيود الواردة على الملكية العقارية حق الارتفاق و يتنوع هذا الحق بحسب مصدره و موضوعه , و هذا ما جعل من الارتفاقات أعدادا يصعب حصرها. لهذا السبب قررنا ان نتناول نوعا من هذه الارتفاقات التي يطلق عليها تسمية ارتفاقات المياه لارتباطها بالماء.

و لكن لايمنعنا هذا التخصيص ان نتناول في البداية المفاهيم العامة المتعلقة بحق الارتفاق كون الإلمام بها ضروري لفهم و الإحاطة بأنواع الارتفاقات.

و لهذا سيكون غاية هذه المداخلة الاجابة على التساؤلات التالية :

ما هو المفهوم الفقهي و القانوني لحق الارتفاق ؟

ما هي شروط حق الارتفاق وخصائصه ؟

كيف تقيد الارتفاقات المائية حق الملكية العقارية ؟

أولا – المفهوم الفقهي و القانوني لحق الارتفاق

أ –المفهوم الفقهي لحق الارتفاق

يعرف فقهاء القانون الوضعي حق الارتفاق بأنه " تكليف مرتب على عقار معين لمنفعة عقار معين اخر مملوك لغير مالك العقار الاول, و يقوم هذا التكليف على تخويل شخص حق استعمال العقار المرتفق به, او حرمان صاحب هذا العقار من استعمال بعض حقوقه."[1] أو " هوالحق الذي يتقرر قانوناً،ويترتب بناء عليه مصلحة أو منفعة لعقار معين على عقار آخر يتحمل عبء المنفعة أو الارتفاق." [2]

وينشأ حق الارتفاق عن الموقع الطبيعي للأمكنة،أو يكتسب بعقد شرعي أوالميراث،إلاأنهلايكتسببالتقادمفيالقانونالوضعيإلاالارتفاقاتالظاهرةبمافيهاحقالمرور.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فيعرفونه ب "حق مقرر على عقار لمنفعة عقار أخر مملوك لشخص أخر."[3]

و المقصود بذلك أن حق الارتفاق لا يتناول إلا ما كان لعقار على عقار أخر... فلا يتناول ما يكون لشخص على عقار أو بناء أو على شخص أخر. فيختلف بذلك عن النوع الأخر من الانتفاع الذي يثبت للأشخاص بالنظر إلىذواتهم و أشخاصهم.[4]

فحق الارتفاق هو ملك ناقص لأن صاحبه لا يملك التصرف المطلق فيه، ويسمى حق الارتفاق بحق الانتفاع العيني، لأنه حق متعلق بالأعيان لا بالأشخاص، فهو الحق الثابت أو المنفعة المقررة على عقار لمنفعة عقار آخر وذلك بقطع النظر عن شخص المالك.[5]

ب – المفهوم القانوني لحق الارتفاق

نصت المادة 687 من التقنين المدني الجزائري :" الارتفاق حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار شخص أخر و يجوز أن يترتب على مال إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال"

في حين جاء في النص الفرنسي مايلي:

"la servitude est un droit qui limite la jouissance d'un fonds au profit d'un autre fonds appartenant à un autre propriétaire. Elle peut être constituée sur un domaine de l'Etat dans la mesure où elle n'est pas incompatible avec l'usage auquel ce fonds est destiné"

يستنتج من النصين و حسب ما أوردنا من تعريفات فقهية يمكن القول ان النص العربي ليس مصاغا بالشكل اللازم، فقد تم اغفال مصطلح "مملوك" (لشخص اخر) الموجود في النص الفرنسي مما يوحي انه يمكن أن يرد حق الارتفاق على حق أخر غير حق الملكية , فالارتفاق يربط بين عقارين مملوكين لشخصين مختلفين.اذ لا يصح تقرير ارتفاقات على عقارات بالتخصيص او على حقوق "فلا ارتفاق على ارتفاق"[6]

كا تم اغفال ذكربجانب "مال" مصطلح "الدولة " أو "عام" كما هو مذكور في النص الفرنسي. اذلايجوز ترتيب ارتفاق على عقار عمومي الا اذا لم يتعارض مع الغرض الذي خصص له ذلك العقار العام.

ثم ان "مال" ترجمة غير دقيقة ل ""domaine" بالفرنسية و الى استخدام مصطلح "ملك".

وستنتج من ذلك أن حق الارتفاق لايرد على المنقولات،و انما يرد على العقارات القابلة للتداول (ليس بالضرورة أن تكون متلاصقة ولايشترط أن يكون ا لعقاران

متلاصقين،إذمنالجائزأنيثقلعقاربحقارتفاقلمنفعةعقارناءعنه، كارتفاقالمجرى،وحقاغترافالماء , ..."

2يجبأنتكونقابلةللتداول :

أماإذاكانتغيرقابلةللتداول،بأنكانتمنالأملاكالعامة،فيختلفالحكمحسبماإذاكانالارتفاقمتفقاًأوغيرمتفقمعتخصيصهذ هالأملاكللمنفعةالعامة :

ثانيا- شروط و خصائص حق الارتفاق

أ -الشروط [7]

يتضح من التعريفات السابقة لحق الارتفاق أنه يستلزم توافر ثلاثة شروط

1. أن يكون العقاران مملوكين لشخصين مختلفين.
2. أن يكون التكليف مفروضاً على عقار لا على شخص.
3. أن يهدف التكليف لخدمة عقار لا لخدمة شخص.

1- أن يكون العقاران مملوكين لشخصين مختلفين

فإن كان المالك واحد فلا يكون ثمة ارتفاق . و سبب ذلك أن المالك لا يكون له ارتفاق على شيء يملكه ، لأنه يملك في الأصل أن يحدث على ملكه ما يشاء من ممرات و مجاري و مطلات تيسر له الانتفاع به.

لكن القاعدة القاضية بأن الشخص لا يكون له ارتفاق على شيء يملكه لا تسري إلا حيث يكون العقاران مملوكين معاً للمالك نفسه ملكية خالصة.

و على ذلك يصح أن يكون لأحد الملاك على الشيوع ارتفاق على العقار الشائع لمصلحة عقار آخر مملوك له على وجه الاستقلال ، كما يجوز أن يقع العكس ، بأن يكون للعقار الشائع حق ارتفاق على عقار مملوك لأحد الشركاء ملكاً خالصاً.

2- أن يكون التكليف (الارتفاق) مفروضاً على عقار

و يترتب على كون الارتفاق تكليفاً على عقار الأمران التاليان :

. إن التكليف يظل قائما ومرتبط بالعقار المرتفق به ، و ينتقل معه إلى خلفاء مالكيه . و ليس لهؤلاء التخلص منه إلا بترك ملكية العقار ذاته.

. إن الارتفاق لا يعد التزاماً شخصياً مترتباً على مالك العقار المرتفق به .

و ينبني على ذلك أن التكليف إذا كان مقرراً على شخص لمنفعة عقار (كالتزام شخص بحراسة أرض أو ريّها) فهذا لا يعد حق ارتفاق ، و إنما هو التزام شخصي ينحصر أثره فيما بين العاقدين.

3- أن يهدف التكليف لخدمة العقار المرتفق:

يجب أن يكون التكليف مرتباً لمنفعة العقار المرتفق . و هذه المنفعة قد تكون إيجابية ، كحق المرور , و قد تكون سلبية ، كارتفاق عدم البناء.

و يترتب على هذاما يلي :

. إن الارتفاق باعتباره متعلق بالعقار المرتفق ، يظل ملازما له و ينتقل معه ، مهما انتقلت ملكيته من شخص إلى آخر.

فكل من ملك العقار المرتفق ، أو من ترتب له حق انتفاع عليه ، يجوز له الاستفادة من حقوق الارتفاق المقررة للعقار .

. إن المنفعة الناجمة عن الارتفاق ، يجب أن تكون مسخرة للعقار المرتفق لا لشخص مالكه . و لئن أفاد هذا الأخير من الارتفاق . من حيث المآل . فإنه يفيد منه باعتباره مالكاً للعقار ، لا باعتبار الارتفاق تكليفاً مسخراً لشخصه.

و على ذلك ، فإذا كان التكليف مسخراً لخدمة شخص معين , كأن يمنح مالك عقار جاره حق التنزه في أرضه ، أو قطف الأزهار منها ، أو حق الصيد فيها , أو رعي المواشي فيها ، فإن هذا لا يعد حق ارتفاق ، لأنه مسخر لمنفعة الجار الشخصية ، لا لمنفعة عقاره .

ثانيا – خصائص حق الارتفاق[8]

حق الارتفاق هو حق عيني عقاري ، تابع ، دائم ، غير قابل للتجزئة:

1- حق عيني عقاري : فصاحبه يتمتع بكل ما يخول له الحق العيني ومن اهمها هي أنلصاحبه سلطة على العقار الخادم يحتج بها في مواجهة جميع من تنتقل إليهم ملكية هذا العقار .

2. حق تابع : إذ أنه ليس قائماً بذاته ، بل هو حق تابع للعقار المرتفق ، بحيث لا يمكن فصله عنه ، فينتقل معه كلماً انتقلت ملكيته من شخص إلى آخر .

ويترتب على ذلك انه لا يجوز التصرف فيه بالبيع او الاجارة أو الرهن او الحجز,منفصل عن العقار.فاذا كان العقار المرتفق محجوزاً أو مرهوناً ، فإن الحجز أو الرهن عندئذ يشمل حق الارتفاق باعتباره من توابعه.

3 . حق دائم : و اتصاف حق الارتفاق بصفة الديمومة ناجم عن كونه تابعاً لحق الملكية الدائم . على أن هذا لا يمنع من تحديد حق الارتفاق بوقت معين باتفاق خاص .

د . إنه حق غير قابل للتجزئة : و لهذا المبدأ معنى مزدوج:

1. فهو يعني أن الارتفاق يرتب لمنفعة كل جزء من أجزاء العقار المتسلط ، و يترتب على كل جزء من أجزاء العقار الخادم.

و على ذلك فلا يجوز إنشاؤه على حصة شائعة ، ولا لمنفعة حصة شائعة في عقار مشترك .

و إذا كان مقرراً على عقار مشترك ، فلا يقع على حصة دون أخرى من ذلك العقار ، بل يقع على العقار كله.

ثالثا– ارتفاقات المياه و تقييدها للملكية (الانتفاع بالمياه)

تشمل هذه الارتفاقات ما يلي : حق الشرب , حق المجرى و حق المسيل

1 حق الشرب

في اللغة (بكسر الشين) هو

النصيبالمستحقمنالماء،ومنهقولهتعالى:هذهناقةلهاشربولكمشربيوممعلوم.أيالنصيب،والضميرفيلهايعودعلىناقة نبياللهصالحعليهالسلام،وفيلكميعودعلىقومه،وفيالآيةدلالةعلىجوازقسمةالشرببالأيامأولمدةمعينة.[9]

و في الاصطلاح القانوني هو نوبة الانتفاع بالماء سقيا للارض أو الزرع أو الشجر.[10]

و يرتبط بحق الشرب حق الشفة أو حق الشرب (بضم الشين) الانسان و الدواب و سمي بذلك لتناول الانسان و الدواب الماء بالشفاه.[11]

ويعرف قانونيون اخرون حق الشرب ب حق الشخص ان يروي ارضه من مسقاة خاصة مملوكة لجاره.[12]

وفي حق الشرب تقسم المياه الى نوعين (ترع أو مسقاة) : مياه عامة و اخرى خاصة مملوكة للأفراد فاما العامة فيجوز لكل فرد ان يتناول منها حاجته و حاجة ارضه و ان يشق ما يشاء من جداول لري ارضه ... مراعيا في ذلك القوانين و التنظيمات المنظمة لذلك.

اما الخاصة منها فان القاعدة التي تحكمها هي ان من انشأ مسقاة على نفقته الخاصة طبق للقوانين فهو مالكا لها.

و بموجب حق الشرب يمكن لغير مالك المسقاة ان يستفيد منها و يسقي ارضه و ذلك بتوافر شرطين:

الاول ان يستوفي المالك حاجته من الماء و الثاني ان يكون المستفيد جار للمالك اي ارضه مجاورة للمسقاة و هناك من يتوسع و يعطي حق الشرب لمجاورين ارض المالك للمسقاة و ان كانت غير ملاصقة للمسقاة.[13]

و هذا ما اثبته الشريعة الاسلامية والسببفيثبوتالشربالخاصمنهذهالمياههوقولهعليهالسلام:

"الناسشركاءفيثلاثة: الماءوالكلأوالنار"

.بمعنىأنهيثبتلكلواحدمنالناسفيهحقاستعمالهفيمايدفععنهالعطشوالطبخوالوضوءوغسلالثيابوسائرالاستعمالا تالمنزلية.ولكنليسلهأنيسقيمنهزرعهوأشجارهإلابإذنمالكمجرى،لأنهقديترتبعليهألايجدصاحبالجدولأوالبئرماي سقيهوبهزرعه.

وعليه،أنمنأنشأمسقاةأومصرفاًخصوصياً،كانلهوحدهحقاستعماله،ومعذلكيجوزللملاكالمجاورينالانتفاعبهاب عدأنيكونصاحبالحاجةقداستوفىحاجته.

ويذكرفيهذاالمقامأثرعنعمربنالخطابأنهأباحلمنمنعوامنالشربوسقيدوابهمأنيدافعواأصحابالبئر،ويأخذواحاجته ممنالماءولوبالقوة،لقولهرضياللهعنه:

"هلاوضعتمفيهمالسلاح",والإذنبقتالصاحبالبئر،مشروطبألايجدالمحتاجللماءماءآخرقريباًمنذلكالماء،وإلاكا
نعليهأخذالماءحاجتهمنهوتركماءالشحيحبمالايصحللشحبهمنإنسان.[14]

ويختلف الامر من دولة الى اخرى فهناك من يثبت في هذه الحالة حق الشفة دون سواه.[15]

و بذلك يعد حق الشرب قيدا على حق الملكية و قد قرر لكونه يقرر للعدل على اساس ان المسقاة و ان تم تشيدها في ارض المالك و على نفقته فالماء الذي تحتويه مصدره المياه العامة.

غير انه من المقرر قانونا – و يختلف الامر من دولة الى اخرى- ان المستفيد بموجب حق الشرب من مياه المساقاة الخاصة ان يساهم في نفقات انشائها و صيانتها بحسب مساحة الارض المنتفع بها بل يمكن المطالبة بمساهماتهم و المطالبة بذلك.[16]

2 حق المجرى

هو حق الشخص في اجراء الماء في ارض غيره الى ارضه .[17]

و يشترط للاستفادة من هذا الحق ما يلي :

- ان تكون الارض بعيدة عن مأخذ المياه و لا سبيل لمرور المياه بها
- الا ينجر عن استعمال هذا الحق ضررا فاحشا لصاحب الارض مجرى الماء
- ان يدفع تعويضا لصاحب الارض نظير استخدام ارضه[18]

وعليه يتضح ان هذا الحق هو ايضا تقييد لحرية مالك الارض .

3 حق المسيل

هو حق اسالة المياه الطبيعية أو تصريف المياه غير الصالحة أو الزائدة عن الحاجة بامرارها في ارض الغير.[19]

فهو بذلك عكس حق المجرى

فمن المقرر قانونا ان للارض العالية حق ارتفاق على الارض الواطئة أن يتحمل سيل المياه الطبيعية على ارضه وز ليس له ان يقيم ما يمنع مرور تلك المياه. و ليس لصاحب العقار المخدوم ان يزيد من عبء الارتفاق الطبيعي الا بالاتفاق مع صاحب الارض الواطئة و دفعه تعويضا على ذلك[20].

و يشمل هذا الارتفاق حق مسيل مياه الري من دون ان يضرر بصاحب العقار الخادم و ان يدفع له تعويضا .

و بذلك يكون هذا الحق مقيدا ايضا لحق المسيل.

الهوامش:

1نقله على الخفيف, الملكية في الشريعة الاسلامية, دراسة مقارنة, دار الفكر العربي,القاهرة , 1969 , ص 113
2 بلحاج العربي, الارتفاق في الفقه الاسلامي, دراسة منشورة بموقع الفقه الاسلامي http://www.islamfeqh.com/
3نقله على الخفيف, الملكية في الشريعة الاسلامية, دراسة مقارنة, دار الفكر العربي,القاهرة , 1969 , ص 113
4على الخفيف، نفس المرجع ص 113 .
5لحاج العربي, الارتفاق في الفقه الاسلامي, دراسة منشورة بموقع الفقه الاسلامي http://www.islamfeqh.com/
6عبد الرزاق السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني, ج9, دار النهضة العربية,القاهرة, 1968, ص 1285
7 شكر جرحيرر, شرح القانون المدني الجديد الحقوق العينية العقارية الجزء الثاني – بغداد 1953 , ص 45 و ما بعدها
8 شاكر ناصر حيدر, شرح القانون المدني الجديد الحقوق العينية العقارية الجزء الثاني – بغداد 1953 , ص47 و ما بعدها
9 بلحاج العربي, الارتفاق في الفقه الاسلامي, دراسة منشورة بموقع الفقه الاسلامي http://www.islamfeqh.com/
10 شاكر ناصر حيدر, المرجع السابق , ص 52
11 بلحاج العربي, المرجع السابق.
12 د. توفيق حسن فرج, المرجع السابق, ص 164
13 د. توفيق حسن فرج , الحقوق العينية الاصلية, مؤسسة الثقافة الجامعية بالاسكندرية, 1987, ص 167
14 بلحاج العربي , المرجع السابق.
15شكر جرحيرر. المرجع السابق , ص 54
16 د. محمد حسين منصور, الحقوق العينية الاصلية, الدار الجامعية, بيروت, دت, ص 34
17شاكر ناصر حيدر, المرجع السابق, ص 55
18 محمد حسين منصور, المرجع السابق, ص 37
19 توفيق حسن فرج , المرجع السابق,ص169
20 شاكر ناصر حيدرو المرجع السبق. ص 58

د. بن عشي حفصية

حق ارتفاق المرور

جامعة باتنة

مقدمة :

إن للمالك وحده سلطة استعمال ملكه، فإذا كانت الملكية تقع على أرض، فإن استعمالها في المرور يكون من سلطة المالك وحده ويكون له الحق أن يمنع غيره من المرور فيها إلا بإذنه، وقد قرر القانون لملك الأرض المحصورة عن الطريق العام حق المرور في الأرض المجاورة في سبيل الوصول إلى الطريق العام ويتقرر هذا الحق جبرا على مالك الأرض المجاورة وذلك تفاديا لتعطيل الأرض المحصورة على أن تستغل أو ينتفع بها، وبهذا يكون القانون قد قيد ملكية الجار بأن يسمح للغير بالمرور في أرضه رعاية لمصالح هذا الغير، وإذا كان المشرع قد راعى مصالح مالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام بأن قرر له حقا في المرور عبر أرض جاره فإنه في نفس الوقت لم يغفل مصالح هذا الأخير حيث اشترط لمنح حق المرور توافر شروط معينة وفرض قيودا معينة بشأن تعيين الممر، وجعل للمالك حق في التعويض عما يلحقه من ضرر بسبب المرور في أرضه .

إن الغاية من حق المرور هي تأمين وصول منفذ للعقار إلى الطريق العام، إذ قد تفصل العقار الذي يطلب حق المرور عدة عقارات عن الطريق العام، فيمكن لمالكه طلب حق المرور عبر كل العقارات الفاصلة حتى ولو لم يكن بعضها مجاورا أو ملاصقا لعقاره في سبيل تأمين الهدف من حق المرور هو الوصول إلى الطريق العام ولا يشترط لنشوء حق الإرتفاق بالمرور أن يكون العقار المرتفق والعقار المرتفق به متلاصقين أو حتى متجاورين، بل يصح أن يكون أحدهما بعيدا عن الآخر مسافة طويلة

فاللإشكالية المطروحة في هذا المجال تتمحور حول تحديد معنى حق ارتفاق المرور والنظام القانوني له في التشريع الجزائري.

وللإجابة على هذه الإشكالية يجدر بنا التعريف بحق ارتفاق المرور، والشروط الواجب توافرها لتحقيقه في المحور الأول، والتطرق إلى احكام حق المرور في المحور الثاني.

أولا : تعريف حق إرتفاق المرور وشروطه

سوف أتناول في هذا المحور نقطتين نخصص الأولى لتعريف حق ارتفاق المرور و الثانية لشروط حق إرتفاق المرور

01 – تعريف حق إرتفاق المرور:

لقد أعطى القانون لمالك الأرض المحصورة على الطريق العام حق ارتفاق المرور على الأراضي المجاورة للوصول إلى الطريق العام، هذا الحق لمالك الأرض المحصورة هو نفس الوقت قيد على ملكية الجيران.
والعلة التي من أجلها أعطى القانون هذا الحق لمالك الأرض المحصورة هو تمكينه من استغلال العقار استغلالا طبيعيا، فعدم الإتصال بالطريق العام يحول دون ذلك [1].
ومن حق المرور قد ينشأ بمقتضى نص القانون ويتقرر ذلك عندما تكون الأراضي محصورة عن الطريق العام يحول دون استغلالها، لذلك قرر المشرع لتلك الأرض المحصورة حقا في المرور عبر أرض الجار للوصول إلى الطريق العام [2].

لقد نص المشرع المصري في القانون المدني في المادة 812 منه على أنه :

«1- مالك الأرض المحبوسة عن الطريق الوطني العام، أو التي لا يصلها بهذا الطريق ممر كاف إذا كان لا يتيسر له الوصول إلى ذلك الطريق إلا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة، له حق المرور في الأراضي المجاورة بالقدر اللازم لإستغلال ارضه واستعمالها على الوجه المألوف ، ما دامت هذه الأرض محبوسة عن الطريق العام، وذلك

(1) – د/محمود خيال (الحقوق العينية الأصلية) جامعة القاهرة 1992 ص38
(2) – د/رمضان أبو السعود (الوجيز في الحقوق العينية الأصلية (أحكامها ومصادرها) دار الجامعة الجديدة الأسكندرية 2004 ص38

في نظير تعويض عادل، ولا يستعمل هذا الحق إلا في العقار الذي يكون المرور فيه أخف ضررا، وفي موضع منه يتحقق فيه ذلك »[3].

«2- على أنه إذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئا عن تجزئة عقار تمت بناءا على تصرف قانوني، وكان من المستطاع ايجاد ممر كاف في أجزاء هذا العقار، فلا يجوز المطالبة بحق المرور إلا في هذه الأجزاء» [4].

وقد تناوله المشرع الجزائري في المادة 693 حيث نصت على أنه «يجوز لمالك الأرض المحصورة التي ليس لها أي ممر يصلها بالطريق العام أو كان لها ممر ولكنه غير كاف للمرور، أن يطلب حق المرور على الأملاك المجاورة لها مقابل تعويض يتناسب مع الأضرار التي يمكن أن تحدث من جراء ذلك»[5].

نستنتج من نص المادة 693 قانون مدني جزائري بعض الشروط الواجب توافرها .

02 – شروط حق إرتفاق المرور

لكي يتحقق حق ارتفاق المرور لا بد من توافر الشروط التالية :

أ : أن تكون الأرض محصورة عن الطريق العام :

لكي يتحقق الحق في المرور لأرض معينة سواء كانت أرضا زراعية أو أرض بناء أو أراضي معدة للإستغلال الصناعي يجب أن تكون هذه الأرض محصورة عن الطريق العام، فلا يكون لها منفذ على هذا الطريق وقد يكون هذا الحصر «الإنحباس» كليا ومطلقا، وقد يكون جزئيا أو نسبيا وذلك إذا كان للأرض اتصال غير كاف بالطريق العام بحيث لا يتيسر لصاحب هذه الأرض الوصول إلى ذلك الطريق بالقدر اللازم لإستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف إلا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة، وهذا ما أكدته المادة 694 من القانون المدني الجزائري لقولها:«يعتبر الممر على الطريق العام غير كاف أو غير ممكن، إذا كان ذلك يكلف مشاق كبيرة لا يمكن تسويتها ببذل أعمال باهظة لا تتناسب مع قيمة العقار»

ويفرض القيد القانوني بالمرور على الأرض المتصلة بالطريق العام بصرف النظر عن نوعية استغلالها سواء كان زراعيا أو صناعيا أو تجاريا أو أرض فضاء مستغلة كحدائق أو حتى مبنية غير مسورة أو مسورة ولو كانت تمثل ملحقا بمبنى وعندئذ وجب على صاحبها أن يفتح فيها منفذا مناسبا للمرور مع تمكين صاحب الحق القانوني في المرور من النفاذ منه بطريقة مباشرة ميسورة، ويستوي أن تكون الأرض المحملة بالقيد القانوني ملكا خاصا أو ملكا عاما من كان تقرير الحق في المرور لا يتعارض مع الإستعمال الذي خصص له هذا المال[6]

([3]) – عبد الرزاق أحمد السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية الجزء8) ص752
([4]) – عبد الرزاق أحمد السنهوري –المرجع السابق ص752
([5]) –المادة 693 من القانون المدني الجزائري
([6]) د/ همام محمد محمود زهران (الحقوق العينية الأصلية –حق الملكية) دار الجامعة الجديدة –الأسكندرية 2006 ص193

ويكون الممر غير كاف في نظر القانون إذا كان سلوكه يكبد المالك نفقات باهظة أو مشقة كبيرة أو كان الممر ضيقا لا يكفي لإستغلال العقار واستعماله على الوجه المألوف وهذا هو الإنحباس الجزئي [7]
مثال الممر الذي يكبد المالك نفقات باهظة الممر الذي لا يمكن المرور فيه إلا بتعبيده وتقويته _ مما يتكلف نفقات كبيرة لا تتناسب مع المنفعة التي يجنيها المالك من الأرض المحصورة، كالممر الشديد الانحدار الذي يعرض مرور الإنسان أو الدواب أو المواشي فيه للخطر، أو الممر الذي يقع بين جبلين تحصل فيهما إنهيارات بصفة مستمرة [8]
مثال الممرالضيق ذلك الذي يسمح بمرور فرد أو يسمح بمرور الدواب دون الآلات الأخرى اللازمة لإستغلال الأرض استغلالا طبيعيا ، وكفاية أو عدم كفاية الممر لإستغلال العقار استغلالا طبيعيا مسألة موضوعية تخضع لتقدير قاضي الموضوع لما له من سلطة تقديرية .

ب - وجوب الممر ضروري لإستعمال العقار واستغلاله:

يخول القانون الحق في المرور لتيسير استعمال العقار المحصور واستغلاله، وهذا الحق يجب أن يكون ضروريا لإستعمال العقار واستغلاله وبالتالي فهو يخضع في وجوده وفي مداه لحاجات استعمال العقار واستغلاله، ولهذا كانت العبرة في تقدير لزوم الممر ومدى كفايته بطبيعة وأهمية الإستعمال والإستغلال الذي أعد له العقار فالأرض المبنية للسكن إذا توفر لها ممر لا يصلح إلا لمرور المشاة لا تعتبر محصورة، فلا يكون لمالكها أن يطالب بحق المرور، ولكن هذا الممر لا يكفي أرضا زراعية يقتضي استغلالها على الوجه المألوف أن تمر الماشية والعربات، وما يعتبر كافيا لأرض زراعية قد يقصر عن حاجات عقار فيه مصنع يتطلب مرور عربات النقل الكبيرة [9]
وهذا ما أكدته المادة 693من ق.م الجزائري بقولها «... أن يطلب حق المرور على الأملاك المجاورة...»
فالممر اللازم هو الممر الكافي لإستغلال هذه الأرض استغلالا زراعيا على الوجه الذي يستغل فيه مثل هذه الأرض، فإن اقتضى الأمر لإستغلال الأرض ممرا كافيا لمرور المواشي والدواب والعربات المحملة بالأسمدة اللازمة للأرض والعربات التي تحمل المحصول من الأرض إلى جهة التسويق، كان لصاحب هذه الأرض الزراعية الحصول على هذا الممر وقد تكون الأرض المحصورة أرضا مقاما عليها مصنع وقد يقتضي المصنع أن يكون له ممرا كاف إلى الطريق العام يتسع لمرور العمال الذين يعملون بالمصنع ويتسع لمرور العربات التي تروح وتجيء بالمواد الخام ومنتجات المصنع[10].

([7]) د/ محمود خيال – المرجع السابق ص38-39
([8]) د/ محمود خيال – المرجع نفسه ص38-39
([9]) د/ عبد المنعم فرج الصدة (الحقوق العينية الأصلية)دار النهضة العربية ص95-96
([10]) عبد الرزاق أحمد السنهوري –المرجع السابق –ص760

وقد تتغير حاجات الأرض المحصورة فتتسع، وبعد أن كان الممر المعطى لها كافيا يصبح غير كاف وعندئذ يجب توسيع الممر بم يتناسب مع الحاجات المستجدة، بل قد يقتضي الأمر إستبدال ممر آخر بالممر القديم يكون مناسبا لما استجد من حاجات الأرض المحبوسة وذلك كله نظير تعويض جديد .

وقد يستحدث صاحب الأرض الزراعية من وسائل الإستغلال الزراعي جديدا كما إذا أضاف إلى زراعة المحصول تربية المواشي، فيكون في حاجة إلى ممر أكبر لما استجد من الحاجات، ولا يجوز الإعتراض على ذلك بأن صاحب الأرض المحصورة قد زاد من أعباء حق المرور بإرادته وحده، ذلك أنه يجب أن يكون حرا منطلقا في نشاطه وفي تجديده لأنواع النشاط الذي يقوم به كما لو كانت أرضه غير محصورة فهذا ما تقتضيه المصلحة العامة، ولا يجوز لقيده في ذلك ما دام في نطاق الوجوه المألوفة لإستغلال أرضه [11]

ج – يجب أن لا يكون الحصر راجعا إلى فعل المالك :

يعتبر حق المرور القانوني قيدا خطيرا على ملك الجار ولذلك فهو لم يتقرر إلا لضرورة، ومن هذا يشترط لقيام ذلك الحق ألا يكون الحصر راجعا إلى فعل مالك الأرض المحصورة [12]

ويستوي في ذلك أن يكون هذا الفعل ماديا، كأن يقيم مالك الأرض بناء في الجزء المتصل بالطريق العام فيحبس الجزء الباقي، أو أن يكون عملا قانونيا كتنازل مالك الأرض المحصورة عن حق ارتفاق بالمرور كان له على أرض غيره [13]

ومن هذا يراعى بأن مالك العقار المحصور أو مالك العقار المتوفر على ممر غير كافي يصله بالطريق العمومي لا يمكنه المطالبة بهذا الحق :

أ–إذا كان الحصر ناتجا عن إرادته وهذا الحل يتفق عليه الفقه والقضاء[14]

ب– إذا كان يتمتع بحق المرور على وجه الإتفاق مادام المرور الإتفاقي لم ينقض بعد

ج–إذا كان يتمتع بحق المرور على وجه الإباحة طالما حق الإباحة لم يزل حسب المادة 695 ق.م.ج ويعتبر الحصر راجعا إلى فعل المالك إذا أنشأ عن عمل من جانبه سواء كان هذا العمل عملا ماديا أو تصرفا قانونيا، وسواء كان إيجابيا أو سلبيا كأن يقيم المالك بناء يسد به الممر الذي يصل أرضه بالطريق العام، أو ينزل عن حق إرتفاق بالمرور كان مقررا لصالح أرضه، أو يترك هذا الإرتفاق بالمرور كان مقرارا لصالح أرضه، أو يترك هذا الإرتفاق يسقط بعدم الإستعمال [15]

([11]) عبد الرزاق أحمد السنهوري –المرجع السابق –ص761
([12]) عبد المنعم فرج الصدة –اتلمرجع السابق-ص99
([13]) د/ محمد شكري سرور (موجز تنظيم حق الملكية) دار النهضة العربية ص260-261

([14]) أشارت إليه مقلاتي منى (النظام القانوني لحق الإرتفاق في التشريع الجزائري-رسالة ما جستير) 2008-2009 ص92
([15]) عبد المنعم فرج الصدة –المرجع السابق –ص97

ويشترط أن لا يكون الحصر راجعا لفعل المالك كأن تكون أرضه متصلة بالطريق العام، أو كان للماك حق إرتفاق بالمرور على أرض جاره فنزل على هذا الحق أو تركه بالتقادم .

ثانيا : أحكام حق المرور :

سوف أتناول في هذا المحور نقطتين نخصص الأولى للحصر المعتبر لثبوت الحق في المرور ونخصص الثانية للتعويض والإنقضاء لحق المرور

01- الحصر المعتبر لثبوت الحق في المرور :

إذا تحقق الحصر بالمعنى السابق بيانه، فإن مالك الأرض المحصورة يكون له بقوة القانون حق المرور في أرض جاره بالقدر اللازم لإستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف، ويثيت له هذا الحق بمجرد توافر الحصر، دون الحاجة إلى طلبه في وقت معين، كما أنه يبقى ما دامت حالة الحصر قائمة، ولا يسقط حق المطالبة به مهما مر من زمن منذ وقت ثبوته يتحقق الحصر .

غير أنه إذا طالب المالك بحق المرور وتم تعيين المرور بالإتفاق أو عن طريق القضاء، وقعد مالك الأرض المحصورة عن استعمال حقه في المرور مدة 15 سنة سقط حقه في الممر السابق تعيينه، ولكن لا يعني ذلك سقوط حقه في المرور حيث له معاودة طلب الممر من جديدمع الإلتزام بتعويض الجار عن الممر الجديد، ولو كان قد أدى تعويضا عن الممر الذي سقط حقه فيه بالتقادم [16]

أ – ثبوت الحق في المرور بقوة القانون مادام الحصر قائما :

يرتب القانون حق المرور على حالة واقعية هي حصر العقار وعليه فإن هذا الحق يثبت بقوة القانون بمجرد قيام حالة الحصر ومقتضى هذا ان الحق يوجد قبل تعيين الممر وطريقة المرور وقبل تقدير التعويض الواجب [17]

وأنه ترتب الحصر على اساس واقعة الحصر أن هذا الحصر يبقى ما بقي الحصر) فلا يسقط بعد الأعمال بمعنى أنه مهما طال الأمد على عدم اعماله فإن لصاحبه أن يطالب به أرض الجار ولو بعد 15 سنة من حبس الأرض ما دام الحبس لا يزال قائما [18].

لما كان الحصر هو مناط فرض القيد القالنوني بالمرور فإن استمراره يرتبط بدوام حالة الحصر، كذلك فإن نطاقه يتجدد ويتغير تبعا لطبيعة استعمال واستغلال العين المحصورة وما يطرا عليها من تغيير بما ينعكس على تقدير كفاية الممر المتاح أو المقرر .

([16]) محمد حسين قاسم (موجز الحقوق العينية الأصلية-الجزء الأول) منشورات الحلبي الحقوقية –ص73
([17]) عبد المنعم فرج الصدة –المرجع السابق- ص98
([18]) محمد شكري سرور –المرجع السابق-261

تفصيل ذلك في شأن الإنحباس المثبت للحق القانوني في المرور فإنه لا يفرض قيدا قانونيا بالمرور غلا دفعا لمفسدة الإنحباس الكامل عن الطريق العام، والتقنين اللبناني الجديد أضاف إلى هذه الحالة، الحالة التي لا تتصل فيها الأرض بالطريق العام بممر كاف وهو ما تعارف الفقه على تسميته « الإنحباس الجزئي » مقابلة بالإنحباس الكامل[19].

ب – الأشخاص الذين لهم الطالبة بحق المرور :

أشارت المادة 693 ق.م.ج إلى المالك هو الذي يطلب تقرير المرور إلا أنه من المتفق عليه فقها وقضاءا، أن هذا الحق لا يقتصر على المالك وإنما يصح يطالب به كل من له حق عيني على العقار المحصور كالمنتفع أو المستعمل فمصلحة هؤولاء لا تقل عن مصلحة المالك، وعلى العكس من ذلك لا يثبت هذا الحق لأصحاب الحقوق الشخصية كالمستأجر أو الحائز العرضي فالمالك هو الذي يستطيع المطالبة به بنفسه لفائدة هذين الأخيرين [20].

وبالتالي فإن أصحاب الحقوق الشخصية مثل المستأجر لهم صفة مباشرة طلب الحق في المرور للعين المستأجرة المحصورة وذلك لأن حقهم لا يرد على شيء معين بل على تعهد المالك بالعمل اللازم لتكينهم من الإنتفاع خلوا من كل ما يعرقل أو يعوق الإستغلال والإستعمال المألوفين طبقا لنص المادة 693ق.م.ج ، ولما كان ذلك فإن سبيل المستأجر لتحصيل الحق في المرور هو الرجوع على المالك أو صاحب الحق العيني المؤجر له، بطلب القيام بما يلزم لتمكينه من بلوغ الطريق العام، وتراخي المؤجر عن السعي نحو إثبات الحق في المرور للأرض المؤجرة المحصورة يمثل إخلالا بالتزامه في تمكينه من الإنتفاع بالعين وفقا لما أعدت له [21]

ج – تعيين الممر وطريقة المرور:

متى ثبت ان ارض المالك محصورة عن الطريق العام وأن استعمالها و استغلالها يقتضيان ممرا ذا نطاق معين، فإن تحديد هذا الممر على الطبيعة واختيار الأرض المجاورة التي سيتم فيها المرور والجزء من هذه الأرض التي سينشأ فيها الممر [22]

فقد تكون الأرض التي يتقرر المرور فيها زراعية أو غير زراعية، وقد تكون ملحقة بأحد المنازل كحديقة أو فناء ولو كانت محاطة بسور غير ان المالك لا يجبر في هذه الحالة على هدم السور، بل يكتفي بإقامة باب يسلم مفتاحه لإلى صاحب الحق في المرور [23]

([19]) إن إضافة االإنحباس الجزئي كسبب ثبوت الحق القانوني في المرور فيه فطنة من المشرع إلى أن الإنحباس الجزئي لا يحقق به رغم اتصال الأرض بالطريق العام-انظرد/همام محمود زهران –المرجع السابق-ص195-196

([20]) زرقين رمضان« عن بعض جوانب إرتفاق المرور »، ترجمة المستشار أمقران عبد العزيز، المجلة القضائية عدد خاص بالإجتهاد القضائي بالغرفة العقارية، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات ا لجامعية، الجزائر، 2004،ص56

([21]) د/ همام محمود زهران –المرجع السابق-ص195

([22]) د/ سعيد جبر –المرجع السابق-ص393

إذا كان حق المرور ذانه يثبت لملك الأرض المحصورة بقوة القانون على أثر الحصرفإن تعيين الممر قد يتم، إما بالاتفاق بين مالك الأرض المحصورة والجار المطل على الطريق العام[(24)]

وبالتالي فإن مباشرة هذا الحق من حيث تعيين موضوع المرور وكيفيته تحتاج إلى تنظيم واقعي لا يمكن أن بنص عليه القانون مقدما، ويتم هذا التنظيم بالإتفاق على موضوع المرور والكيفية التي يتم بها وأوقاته والتعويض الذي يتعين على مالك الأرض المحصورة دفعه إلى مالك الأرض المجاورة نظير المرور بها، فإذا لم يتم هذا الإتفاق كان لمالك الأرض المحصورة أن يلجأ إلى القضاء طالبا تعين موضوع المرور وطريقة المرور وطريقة التعويض الواجب [(25)]

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 693 من القانون المدني على عدة قواعد يستهدي بها القاضي في تعيين هذا الموضع وقضت بأنه يرد حق المرور على الأراضي المجاورة ذلك حسب طبيعة الأرض أو وضعها القانوني .

كما تقتضي أيضا المادة 696 من القانون المدني الجزائري بأنه «يجب أن يؤخذ حق المرور من الجهة التي تكون فيها المسافة بين العقار والطريق العام ملائمة والتي تحقق أقل ضرر بالملاك المجاورين »، لذلك وجب على القاضي أن يختار للممر عقارا مجاورا يكون المرور فيه أخف ضرار من المرور في العقارات المجاورة الأخرى[(26)]

وأن يعين له موضعا من هذا العقار يتوفر فيه ذلك الإعتبار ويتحقق ذلك عادة لمراعاة المسافة الأقصر [(27)]

وتعيين الممر يكون بشكل محدد دون المطالبة به مرة أخرى و لحق المالك الأرض المجاورة أو صاحب الأرض المحصورة أن يطلب التعديل، فإذا غير المالك الأرض المحصورة طريقة استغلال أرضه ورأى بأن الممر القائم غي كاف ولا يسمح بمرور وسائل التنقل، فيحق له أن يطلب توسيع الممر، أما إذا ما رأى المالك المجاور وأن الممر أصبح اوسع مما يلزم الإستغلال الجديد كان له أن يطلب تضييق الممر أو إزالته [(28)]

([23]) د/ عبد المنعم فرج الصدة –المرجع السابق –ص195
([24]) د/ محمد شكري سرور –المرجع السابق-ص261
([25]) د/ محمد حسين قاسم (موجز الحقوق العينية والأصلية) (حق الملكيةفي ذاته-أسباب كسب اللكية)منشورات الحلبي الحقوقية –بيروت 2005 ص74
([26]) د/ ملزي عبد الرحمن (أنواع القيودالخاصة التي ترد على الملكية العقارية الخاصة)محاضرات ألقيت على طلبة القضاة (2001/2000)ص44
([27]) قرار رقم 55985 مؤرخ في 1989/11/15 المجلة القضائية عدد 1 ص27 مشار إليه في مؤلف حمدي باشا عمر (القضاء العقاري) دار هومة-الجزائر 2005 ومشار إليه في القانون المدني في ضوء الممارسة القضائية –برتي للنشر 2011-2012 ص156 .

([28]) د/ قاشي علال (الملكية العقارية الخاصة وقيودها المقررة للمصلحة الخاصة في القانون الجزائري) مذكرة لنيل درجة ما جستير في القانون (فرع قانون عقاري زراعي) جامعة البليدة –كلية الحقوق 2000ص150

هذا ولا يشترط أن يكون الموضع الذي يعين للمرور ممرا على سطح الأرض نفسه، فليس هناك ما يمنع أن يكون الممر نفقا في باطن الأرض إذا كان ذلك ملائما لإستغلال الأرض المحصورة، كما يجوز أن يكون موضع المرور القضاء الذي يعلو السطح (يمد أسلاك تمر عليها القاطرات اللازمة لإستغلال محجر قائم في أحد الجبال [29]

د – أثر التقادم في تعيين الممر وطريقة المرور:

إذا توافرت شروط حق المرور بأن حق المرور بأن كانت الأرض محصورة فإن هذا الحق لا يتقادم بعدم الإستعمال مهما طال الأمد على عدم استعماله فيستطيع مالك الأرض المحصورة أن يطالب بحق المرور في أرض الجار ولو بعد 15 سنة من حصر الأرض مادام الإنحباس الحصر لا يزال قائما [30]

قد لا يتعين الممر بالإتفاق ولا بحكم قضائي، وإنما يتخذ مالك الأرض المحصوة لنفسه ومن تلقاء نفسه ممرا في أرض جاره ويباشر المرور منه بالفعل دون اعتراض من جانب الجار، فإذا ما دام على هذا الوضع 15 سنة استقر حق المرور على الموضع الذي يمر منه مالك الأرض المحصورة [31].

ولهذا فلا تثور مسألة التقادم بانسبة إليه، إنما تثور هذه المسألة فيما يتعلق بتعيين الممر وطريقة المرور، وذلك في ما إذا أقدم مالك الأرض المحصورة على المرور في أرض الجار دون أن يتم تعيين الممر وطريقة المرور باتفاق بينه وبين الجار أو مقتضى حكم من القاضي، إذ في هذه الحالة يحق للجار أن يعترض، فيطلب تقرير المرور في أرض أخرى مجاورة يكون المرور فيها أخف ضرارا، أو يطلب تعيين موضع للمرور في أرضه يكون أخف ضرار من الموضع الذي اختاره مالك الأرض المحصورة، أو يطلب تعديل طريقة المرور بحيث تتفق مع ما يقتضه استعمال الأرض المحصورة واستغلالها، فإذا سكت الجار عن هذه المطالبة وظل مالك الأرض المحصورة يستعمل الذي اختاره لمروره بطريقة معينة طوال مدة التقادم سقط حق الجار في الإعتراض بعد مضي هذه المدة[32]

وفي هذه الحالة لا يجوز للجار أن يعترض على هذا الموضع بعد اكتمال مدة التقادم ولو لم يكون هو الموضع الأخف ضررا إذ يستحق حقه في هذا الإعتراض بالتقادم المسقط [33].

أما إذا كان صاحب الأرض المحصورة قد اختار ممر له في العقار المجاور بقصد استعمال حق المرور القانوني، بل في عقار آخر يقصد استعمال حق مرور ليس هو حق المرور القانوني أو كانت الأرض المحصورة عن الطريق

([29]) مقلاتي منى(النظام القانوني لحق الإرتفاق في التشريع الجزائري)-مذكرة لنيل درجة ما جستير في القانون(فرع قانون عقاري) جامعة باتنة كلية الحقوق -2009ص95
([30]) د/محمود خيال –المرجع السابق-ص54
([31]) د/ محمد شكري سرور –المرجع السابق ص262
([32]) د/ د/ عبد المنعم فرج الصدة – المرجع السابق –ص101
([33]) د/ محمود خيال – المرجع السابق –ص55

العام ولكن صاحبها مر في أرض الجار لأن المسافة إلى الطريق العام أقصر وأيسر، وبقى صاحب الأرض في الحالتين يمارس بشكل ظاهر حق المرور 15 سنة فإنه يكسب حق ارتفاق بالمرور في الأرض التي بقى يمر بها طول هذه المدة وذلك بحكم التقادم المكسب [34].

فالتقادم هو سبب من أسباب كسب الحقوق العينية، فيكون حق الارتفاق بالمرور قابلا للإكتساب بمرور الزمن [35].

02- التعويض والانقضاء لحق المرور :

سوف نتطرق في هذه النقطة إلى التعويض، ثم الانقضاء لحق المرور ضمن النقطتين المواليتين:

أ – التعويض

إذا كان القانون يعطي الأرض المحصورة حق المرور في الأرض المجاورة للإتصال بالطريق العام، فإن ذلك يكون مقابل دفع تعويض عادل، ويبدو ذلك أمرا طبيعيا لأنه مادام أن صاحب الأرض المحصورة سيمر في أرض جاره فلا شك أنه ذلك سينقض منه منفعة أرض الجار، بل وقد ينقض من قيمة الأرض ذاتها، فيكون من العدل إذا أن يعوض صاحب الأرض عن الضرر الذي يلحق به [36].

وإذا كان المشرع قد قرر لمالك الأرض المحصورة عن الطريق العام حق المرور في الأراضي المجاورة للوصول إلى هذا الطريق، فإنه في نفس الوقت قرر أن هذا الحق يكون في نظير تعويض عادل أي أن صاحب حق المرور يلتزم بدفع تعويض للمالك الجار الذي يقع الممر في أرضه، وهذا التعويض يقدر على أساس الضرر الذي يصيب هذا الأخير [37].

فإذا لم يتفق الطرفان على مقدار هذا التعويض تولى القاضي تحديده ويلجأ في ذلك عادة إلى خبير لتقويم الضرر الذي أصاب الجار بتثقيل أرضه بحق مرور لصاحب الأرض المحصورة، ولا يعتد بالفائدة التي كسبتها الأرض المحصورة من جراء حق المرور، فلو أن هذه الفائدة كانت أكبر قيمة من الضرر، فالعبرة بقيمة الضرر لا بقيمة الفائدة [38].

([34]) د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري –المرجع السابق ص771
([35]) المحامي بدوي حنا(حق المرور-موسوعة القضايا العقارية)الجزء الأول ص45

[2]حمد حسين قاسم –المرجع السابق-ص79

([37]) سعيد جبر-المرجع السابق-ص394

([38]) عبد الرزاق أحمد السنهوري –المرجع السابق –ص772

ولا يوجب القانون أن يكون دفع التعويض مقدما، فإذا لم يتم الإتفاق على طريقة دفع التعويض كان للمحكمة أن تحدد هذه الطريقة فلها أن تجعل التعويض مبلغ مقدما جملة واحدة أو تجعل هذا المبلغ يدفع على أقساط معدودة [39].

وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 701 من القانون المدني على أنه «إذا استحق صاحب العقار المرتفق به تعويضا، فإنه يمكن أن يحتوي ذلك التعويض على مبلغ مالي سدد دفعة واحدة أو على أقساط متساوية تتناسب مع الضرر الناجم من استعمال الممر »

يمكن التساؤل عن حالة أخرى ينشأ بموجبها الحصر بسبب تجزئة العقار نتيجة تصرف قانوني يجربه صاحبه فما هو الأساس القانوني لحق المرور في حالة التجزئة؟

إن المادة 679 من القانون الندني الجزائري تنص على أنه «إذا كانت الأرض المحصورة ناتجة عن تجزئة عقار بسبب بيع أو مبادلة أو قسمة أو من أي معاملة أخرى، فلا يطلب حق المرور على الأراضي التي تشملها تلك المعاملات »تكون قد أجابت على هذه الحالة

وقد قضت الغرفة العقارية للمحكمة العليا في القرار رقم 229229 المؤرخ في 2002/05/22 بأنه (لا يطلب حق المرور بالنسبة للأرض المحصورة نتيجة معاملة ما :بيع- مبادلة-قسمة ....إلا على الأرض محل المعامل[40]

ب : الإنقضاء لحق المرور:

إدا كان الحصر هو المناط في تقرير الحق القانوني في المرور ولذلك فبزوال الحصر ينقضي حق المرور كأن يتم إفتتاح طريق عام ملاصق للأرض، أو إذا قام المالك بشراء أرض ملاصقة تتصل بالطريق العام، وبالتالي يزول حق المرور القانوني بزوال الحصر مهما طالت مدته [41]

وهو ما ذهب إليه المشرع الفرنسي ضمن نص المادة 685من قانون 5 جويلية 1971[42].

والمتعلق بانقضاء حق المرور في حالة الحصر وأخذ به الإجتهاد القضائي الفرنسي[43]

([39]) عبد المنعم فرج الصدة – المرجع السابق –ص102

([40]) القانون المدني في ضوء الممارسة القضائية –المرجع السابق ص157

([41])Jean Louis Bergel (Et Autre), OP,Cit, P:384

(1)voir :Art685,Loidu 25 juin1971Relalive a Lextinction de la Servitude dePassageen cas D’enclave

(2) –Cass, 3e Civ, 14 Dec, 2005,N°4-14,495,Voir: La semaine juridique ,precite;p:108

لكن المادة 699 ق.م.ج أتت بحكم مخالف لذلك، حيث أجازت لصاحب العقار المحصور إذا حاز الممر الذي يستعمله مدة 15 سنة فإنه بإنقضاء هذه المدة يعتبر لديه سند ملكية للإرتفاق ويصبح تابعا للعقار الذي أنشأ من أجله، وإذا ما اعتمدنا التفسير الحرفي لهذا النص فإن هذا معناه أن الحيازة سند الملكية وأن المستفيد يصبح مالكا لحق عيني مرتبط بالعقار ويبدو بأن تفسير هذا النص يثير بعض التردد بخصوص تطبيقه، إذلا بد من الإشارة إلى أن المادة 2/868 ق.م.ج تؤكد إمكانية اكتساب ارتفاق المرور بالتقادم المكسب، ولا ينصب التقادم على الحق ذاته وإنما على القاعدة وكيفية الإستغلال الناجم عن الإستعمال والحيازة طيلة 15 سنة ويفترض تطبيق المادة 699 ق.م.ج توافر أربع شروط لإكتساب ارتفاق المرور بالتقادم وتتعلق بالطابع، بحيث يجب أن يكون ارتفاقا ظاهرا، وبالحيازة التي يجب أن تنصب على قاعدة الإرتفاق وكيفية ممارسته، وأن تكون الحيازة قانونية وصحيحة حسب نص المادة 413 ق.إ.م مستمرة لمدة 15 سنة بدون إنقطاع أو وقف بتوافر عنصريها المادي و المعنوي وخالية من العيوب [44]

(44) لمزيد من التفاصيل عن عناصر الحيازة وعيوبها أنظر:
-قدري عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق الذكر، ص:21 وما بعدها ، ص: 65زما بعدها .
- زواوي محمد فريدة ، الحيازة والتقادم المكسب، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2000،ص:12 وما بعدها ص: وما بعدها .

الخاتمة :

من خلال دراستنا لموضوع حق إرتفاق المرور تبين لنا أنه لكي يتحقق حق إرتفاق المرور يجب توافر شروط معينة منها أن تكون الأرض محصورة عن الطريق العام، وبالتالي لا يستطيع صاحبها استعمالها ولا استغلالها، كما أن الممر قد يكون غير كاف أو غير ممكن خاصة إذا كان يكلف مشاق كبيرة ونفقات باهظة، أو يكون ضيقا يسمح بمرور فرد، أو شديد الإنحدار يعرض الإنسان للخطر والأصل في تقدير كفاية أوعدم كفاية للمر لإستغلال العقار استغلالا طبيعيا مسألة موضوعية يختص بها قاض الموضوع .

وأن يكون هذا الممر ضروري لإستعمال العقار واستغلاله، فالأرض الزراعية مثلا التي تحتاج إلى ممر تمر منه المواشي والعربات لحمل المحصول إلى السوق فحق المرور القانوني يعتبر قيدا خطيرا على ملك الجار وبالتالي فهو لم يتقرر إلا لضرورة، ومن أجل ذلك يشترط أن لا يكون هذا الحصر راجعا إلى فعل مالك الأرض المحصورة سواء كان هذا الفعل ماديا كالبناء في الجزء المتصل بالطريق العام، أو عملا قانونيا كتنازل مالك الأرض عن حق إرتفاق بالمرور كان له على أرض غيره.

فإذا تحقق الحصر بالمعنى السابق لحق المرور يصبح ثبتا بقوة القانون بمجرد قيام حالة الحصر وهذا الحق يبقى ما بقي الحصر فلا يسقط مهما طال الزمن، ولمالك الأرض المحصورة التي ليس لها أي ممر يصلها بالطريق العام أو كان لها ممر ولكنه غير كاف للمرور أن يطلب حق المرور على الأملاك المجاورة مقابل تعويض يتناسب مع الأضرار .

قائمة المراجع:

01-بدوي حنا(حق المرور-موسوعة القضايا العقارية)الجزء الأول.

02 -رمضان أبو السعود (الوجيز في الحقوق العينية الأصلية (أحكامها ومصادرها) دار الجامعة الجديدة الأسكندرية 2004.

03-زرقين رمضان« عن بعض جوانب إرتفاق المرور »، ترجمة المستشار أمقران عبد العزيز، المجلة القضائية عدد خاص بالإجتهاد القضائي بالغرفة العقارية، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات ا لجامعية، الجزائر، 2004.

04- زواوي محمد فريدة ، الحيازة والتقادم المكسب، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2000.

05-قاشي علال (الملكية العقارية الخاصة وقيودها المقررة للمصلحة الخاصة في القانون الجزائري) مذكرة لنيل درجة ما جستير في القانون (فرع قانون عقاري زراعي) جامعة البليدة -كلية الحقوق 2000.

06-محمد حسين قاسم (موجز الحقوق العينية والأصلية) (حق الملكيةفي ذاته-أسباب كسب اللكية)منشورات الحلبي الحقوقية -بيروت 2005.

07-محمد شكري سرور (موجز تنظيم حق الملكية) دار النهضة العربية.

08- محمود خيال (الحقوق العينية الأصلية) جامعة القاهرة 1992.

09-مقلاتي منى(النظام القانوني لحق الإرتفاق في التشريع الجزائري)-مذكرة لنيل درجة ما جستير في القانون(فرع قانون عقاري) جامعة باتنة كلية الحقوق -2009.
10-ملزي عبد الرحمن (أنواع القيودالخاصة التي ترد على الملكية العقارية الخاصة)محاضرات ألقيت على طلبة القضاة (2001/2000).
11-عبد الرزاق أحمد السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية الجزء8).
12-عبد المنعم فرج الصدة (الحقوق العينية الأصلية)دار النهضة العربية.
13- همام محمد محمود زهران (الحقوق العينية الأصلية –حق الملكية) دار الجامعة الجديدة –الأسكندرية 2006
14-قرار رقم 55985 مؤرخ في 1989/11/15 المجلة القضائية عدد 1 ص27 مشار إليه في مؤلف حمدي باشا عمر (القضاء العقاري) دار هومة-الجزائر 2005 ومشار إليه في القانون المدني في ضوء الممارسة القضائية –برتي للنشر 2011-2012.

-15Jean Louis Bergel (Et Autre), OP,Cit
-16voir :Art685,Loidu 25 juin1971Relalive a Lextinction de la Servitude dePassageen cas D'enclave
17–Cass, 3e Civ, 14 Dec, 2005,N°4-14,495,Voir: La semaine juridique ,precite;(

أ.سهام عباس

دور التلاصق في الجوار في تقييد الملكية العقارية الخاصة
«دراسة في ظل التشريع العقاري الجزائري»

جامعة باتنة

مقدمة:

انطلاقا من أهميتها، حظيت الملكية العقارية الخاصة باهتمام المشرع الأساسي والعادي، ولقيت عناية فائقة من طرف الدارسين القانونيين والفقهاء، وعليه تمتعت الملكية العقارية الخاصة بالحماية الدستورية والقانونية، التي جعلت منها حق محمي دستوريا ومنظم قانونيا.

لكن بالرغم من الأهمية التي تحظى بها الملكية العقارية الخاصة، والحماية القانونية المقررة لها، فن المشرع ورغبة منه في تحقيق التوازن بين حماية هذه الملكية، وبين المصالح الأخرى المتعارضة، عمد إلى تقييد الملكية العقارية الخاصة في صورها الثلاثة (الاستعمال-التصرف-الاستغلال).

فإذا كانت الملكية العقارية الخاصة تتيح للمالك ممارسة سلطة الاستعمال والتصرف والاستغلال كقاعدة عامة، فإن الاستثناء من هذه القاعدة هو تقييد سلطات المالك على ملكيته العقارية الخاصة.

وفي هذا المجال، يعد التلاصق في الجوار أحد قيود الملكية العقارية الخاصة، باعتباره الحالة التي تحد من سلطة المالك في استغلاله لملكيته، ويعد في الوقت ذاته سببا من أسباب تقييد الملكية العقارية الخاصة، باعتباره الحالة التي بالاستناد إليها تتقيد سلطات المالك على ملكيته العقارية الخاصة.

وعلى هذا الأساس فإن الإشكالية التي يمكننا طرحها في هذا المجال تتمحور حول: **كيفية تنظيم المشرع الجزائري للدور الذي يلعبه التلاصق في الجوار في تقييد الملكية العقارية الخاصة.**

وهي الإشكالية التي يمكننا الإجابة عنها من خلال تقسيم دراستنا إلى المحاور التالية:

- شرح المصطلحات ذات الصلة.
- دور التلاصق في الجوار في تقييد سلطة استغلال الملكية العقارية الخاصة.
- دور التلاصق في الجوار في تقييد سلطة التصرف في الملكية العقارية الخاصة.
- دور التلاصق في الجوار في تقييم سلطة استغلال الملكية العقارية الخاصة.

وعليه ستكون دراستنا لدور الالتصاق في الجوار في تقييد الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري وفقا للمنهجية المفصلة أدناه.

أولا: شرح المصطلحات ذات الصلة:

إن دراسة دور التلاصق في الجوار في تقييد الملكية العقارية الخاصة، تتطلب منا التطرق لجملة المصطلحات المرتبطة بهذا الدور، حتى تتم الإحاطة به من جميع جوانبه، وعلى هذا الأساس سنتطرق ضمن هذا المحور إلى شرح المفاهيم التالية:

01 – الملكية العقارية الخاصة:

لقد ورد مصطلح الملكية لدى فقهاء القانون للدلالة على معنى خاص يتعلق بالصلة بين الإنسان والمال، فعرفت الملكية بأنها الإدارة الفنية اللازمة لصياغة نظام الأموال من الناحية القانونية، وما تخوله من سلطات معينة يمارسها المالك، في سبيل الانتفاع بملكيته، بمعنى أنها الوسيلة القانونية التي بواسطتها ينظم القانون كيفية إسناد نظام الأموال إلى شخص معين، وتخويله السلطات اللازمة لتحقيق الوظائف المختلفة لملكيته(**1**).

كما عرف حق الملكية بأنه الحق العيني الأصلي والرئيسي من بين الحقوق العينية الأخرى، وذلك لما يوله للمالك من سلطات تمكنه من استعمال حقه واستغلاله والتصرف فيه على النحو الذي يراه مناسبا، لتحقيق ما يريد من أهداف إشباعا لحاجاته(**2**).

وعرفت الملكية في القانون الجزائري بأنها حق التمتع والتصرف في الأشياء شرط ألا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة(**3**).

فالملكية هي سلطة المالك في أن يتصرف في ملكيته تصرفا مطلقا عينا ومنفعة واستغلالا(**4**).

إن هذه التعاريف للملكية يمكن إسقاطها على الملكية العقارية الخاصة كحق محمي دستوريا (**5**).

غير أن الملكية العقارية الخاصة – على غرار باقي أنواع الملكية– في الجزائر لم تكن مستقرة بعد الاستقلال،

ففي ظل التوجهات الاشتراكية لم يلغها النظام، وإنما سمح بها في حدود معينة وبقيود محكمة، تكريسا للتوجهات المتبنات آنذاك، فكانت وظيفة اجتماعية وليست حقا يقتصر على تلبية الاحتياجات الخاصة.

وقبل صدور دستور 1989 ظهرت بوادر تغيير النظام الاقتصادي والسياسي، ففتح المجال أمام الخواص لتملك العقارات الخاصة للدولة، وتم تحفيز المستثمرين لاقتحام سوق العقارات المبنية، ولغاية صدوره – أي دستور 1989– والتراجع نهائيا عن الاختيارات السابقة، أصبحت الملكية العقارية الخاصة مضمونة دستوريا، باعتبارها الدعامة الأساسية للسيادة الجديدة(**6**).

وعلى هذا الأساس يمكننا القول بأن الملكية العقارية الخاصة هي ذلك الحق المحمي دستوريا والمنظم قانونيا، والمتضمن إتاحة المالك سلطة استعمال واستغلال عقاره والتصرف فيه، بما لا يخاف القوانين والتشريعات المعمول بها.

02 – مبررات تقييد الملكية العقارية الخاصة:

تتسع القيود الواردة على حق الملكية العقارية الخاصة أو تضيق، بحسب مدى الأخذ بالمبادئ الاجتماعية وما تقتضيه من تقييد الحقوق المطلقة، وإظهارها للمصلحة الجماعية إلى درجة قد تؤدي إلى التغيير من طبيعة حق الملكية نفسه بوصفه حفا فرديا مطلقا لا يشبع سوى المصلحة الشخصية للمالك، إلى حق ذو طبيعة اجتماعية يراعي مصالح الجماعة إلى جانب مصلحة المالك(7).

وعليه يجب أن يراعي المالك في مجال الملكية العقارية الخاصة ما تقضي به القوانين المتعلقة بالمصلحة الخاصة في إطار الأحكام المتعلقة بسلطات المالك على ملكيته العقارية الخاصة(8).

ويرجع مبرر تقييد الملكية العقارية الخاصة إلى كون حق الملكية امتداد لشخصي الإنسان وضمان لحريته، وقد أثبت الواقع أن الاعتراف بالملكية الخاصة وحمايتها هو عماد تقدم المجتمع وضمان ازدهاره الاقتصادي، وأن المساس بهذا الحق –أي حق الملكية– هو إهدار لحق معين من حقوق الإنسان وينبئ سياسيا عن نظام يجافي الديمقراطية وأصولها المتعارف عليها(9).

كما ترجع مبررات تقييد الملكية العقارية الخاصة إلى أن حق الملكية في العصر الحديث لم يعد حقا مطلقا، بل أصبح مقيد بقيود كثيرة تزداد يوما بعد يوم، وهي قيود قد ترجع إلى حماية المصلحة العامة أو حماية المصلحة الخاصة، وذلك لتحقيق جملة من الأهداف أهمها:

- الحلول دون الغلو في إعمال سلطة الملكية العقارية الخاصة.
- الحلول دون التعسف في إعمال سلطة الملكية العقارية الخاصة.
- الحلول دون إلحاق الضرر بحق الملكية العقارية الخاصة ذاتها(10).
- العمل على حماية حق أولى بالحماية من حماية الملكية العقارية بصورتها المطلقة.

أ – تحقيق المصلحة العامة:

وذلك إذا ما اقتضت المصلحة العامة إلغاء أو تقييد سلطات المالك في نطاق معين، إذا استلزم ذلك التعارض بينه وبين المصلحة العامة، وذلك مع مراعاة الأمن العام والصحة العامة والمحافظة على الثروة القومية(11).

ب – تحقيق المصلحة الخاصة:

والمقصود بالمصلحة الخاصة في هذه الحالة تلك المصلحة الأجدر بالرعاية من مصلحة المالك، وتتدرج القيود في هذا الصدد، فمنها ما يطلب من المالك أعمالا سلبية يمنه فيها من استعمال سلطاته على ملكيته العقارية الخاصة تجنبا للإضرار بمصلحة الغير، ومنها ما يطلب منه القيام بأعمال إيجابية على ملكيته على وجه معين لمصلحة الغير(**12**).

وقد راعى المشرع الجزائري في تقييده لحق الملكية العقارية الخاصة تحقيق هاتين المصلحتين، أي المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، حين نص في المادة 690 من ق.م على أنه: «يجب على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقضي به التشريعات الجاري بها العمل والمتعلقة بالمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة ...».، وذلك لأن النظام القانوني للملكية يمثل حالة التوازن بين المصالح المتعارضة التي يرسمها المشرع القانوني في ضوء الواقع محل التنظيم(**13**).

03 – أنواع الملكية العقارية الخاصة:

إن الملكية العقارية الخاصة قد تكون ملكية مستقلة (فردية) وقد تكون ملكية مشتركة (جماعية).

أ – الملكية العقارية المستقلة (الفردية):

إن الملكية العقارية المستقلة هي تلك الحالة التي يكون فيها لصاحب العقار أن يتصرف في ملكه كيف شاء، بحيث لا يحد من حريته سوى عدم الإضرار بالغير ضررا من شأنه أن يمنعه من المنفعة الأصلية المقصود تحقيقها من عقاره.

وأساس الملكية العقارية المستقلة أو الفردية تحقيق الانتفاع الكامل بالملكية، الأمر الذي لا يتم مع المشاع أو المشترك(**14**).

ب – الملكية العقارية المشتركة (الجماعية):

الملكية العقارية المشتركة قد تكون مشاعة أو غير مشاعة:

- **الملكية العقارية المشتركة المشاعة:**

الملكية الشائعة هي تلك الملكية التي يملك فيها اثنان فأكثر شيئا، وكانت حصة كل منهم غير مفرزة، فهم شركاء على الشيوع وتعتبر حصصهم متساوية إذا لم يقم الدليل على ذلك(**15**).

وعليه تكون الملكية العقارية المشتركة المشاعة تلك الملكية التي تعود إلى ملكين أو أكثر يملكون عقارا معينا دون تحديد حصة كل منهم.

وللمالك على الشيوع أن يستعمل حقه في الملكية، لكن نظرا لأنه لا يملك هذه الملكية ملكية مفرزة، إنما يشاركه ملاك آخرون في هذه الملكية، ولعدم تحديد حصة مفرزة لكل شريك مالك فإن ممارسة المالك لسلطاته في الاستعمال والاستغلال والتصرف تكون مقيدة لعدم الإفراز بحقوق باقي الشركاء(**16**).

- **الملكية العقارية المشتركة الغير مشاعة:**

الملكية المشتركة (الغير مشاعة) هي الحالة القانونية التي يكون عليها العقار أو مجموعة العقارات التي تكون ملكيتها مقسمة حصصا بين عدة أشخاص تشمل كل واحدة منها على جزء خاص ونصيب من الأجزاء المشتركة(17).

ويجوز للمالك في هذا النوع من الملكية أن يتمتع بالأجزاء الخاصة التابعة لحصته، ويجوز له كذلك أن يستعمل وينتفع بحرية بالأجزاء الخاصة والمشتركة بشرط ألا يمس بحقوق الشركاء الآخرين في الملكية أو يلحق ضررا بما أعد له العقار(18).

فالعقار المشترك هو كامل المبني أو جزء منه أو من الأرض أو كليهما، والذي يتم تقسيمه إلى وحدات مخصصة للتمليك المستقل، مع تحديد جزء من ذلك العقار (المبنى والأرض) كأجزاء مشتركة(19).

وتجدر الإشارة في هذا المجال إلى أن تقييد حق المالك في استعمال واستغلال العقار المملوك ملكية مشتركة غير مشاعة يمكن أن يكون بقوة القانون كما يمكن أن يكون باتفاق الشركاء(20).

كما تجدر الإشارة إلى أن هذا النوع من الملكية يمكن أن يكون في شكل اكتساب عقار واحد مع إفراز حصة لكل شريك، كما يمكن أن يظهر في حالة ملكية الطوابق والعمارات والشقق (الشيوع الإجباري).

04 – التلاصق في الجوار:

التلاصق(21) من يتلاصق تلاصقا، تلاصق الشيئان أي لصق أحدهما بالآخر(22).

ويظهر التلاصق في الشقق والطوابق من أرص أو مسكن متصل بمسكن أو أرض أخرى، أو بشكل مستقل يقع ضمن عقار مشترك.

ثانيا: دور التلاصق في الجوار في تقييد سلطة استعمال الملكية العقارية الخاصة:

يعتبر حق استعمال الملكية العقارية الخاصة أبرز صور سلطات المالك على ملكيته، سواء كانت هذه الملكية مستقلة أو مشتركة، وقبل التطرق لدور التلاصق في الجوار في تقييد الملكية العقارية الخاصة لابد من تحديد المقصود من سلطة استعمال الملكية العقارية الخاصة.

01 – تحديد المقصود بسلطة استعمال الملكية العقارية الخاصة:

سلطة الاستعمال هي سلطة استخدام الشيء بواسطة المالك في الغرض الأصلي المعد له هذا الشيء، وبحسب طبيعته، استخداما يخدم منفعة المالك، مع بقاء أصل الشيء دون استهلاك(23).

ويستوي في سلطة الاستعمال بصفة عامة، واستعمال الملكية العقارية الخاصة بصفة خاصة، أن يتم عن طريق الاستخدام الشخصي للمالك، أو عن طريق دعوة هذا الأخير غيره إلى استعماله تبرعا بدون مقابل، وتمنح سلطة استعمال الملكية العقارية الخاصة للمالك حق استعمال المالك لملكيته إلى درجة إتلافه أو إعدامه والقضاء عليه(**24**).

أما أسباب تقييد سلطات المالك في استعمال ملكيته العقارية الخاصة فترجع إلى أن مصلحة المالك في الاستعمال تعارض مع مصلحة أولى منها بالرعاية في الوقت الذي لا يمكن الجمع فيه بين المصلحتين(**25**).

02 – دور التلاصق في الجوار في تقييد استعمال الملكية العقارية الخاصة المستقلة:

يمكن التطرق إلى دور التلاصق في الجوار في تقييد الملكية العقارية الخاصة المستقلة، من خلال التعرض إلى أهم القيود الواردة على هذه الملكية نتيجة التلاصق في الجوار، وذلك من خلال النقاط الموالية:

أ – قيد التعسف في استعمال الملكية العقارية الخاصة:

تعتبر نظرية التعسف بصفة عامة في الدول العربية، ومنها الجزائر حديثة النشأة، بحيث لم تظهر إلا في القرن العشرين، وقد سبق الفقه والاجتهاد القضائي هذه التشريعات في التطرق إلى التعسف في استعمال الحق.

حيث يعتبر استعمال المالك لملكيته العقارية الخاصة المستقلة استعمالا مخلا بالالتزامات المفروضة على هذا الاستعمال، صورة من صور الخطأ، حيث يعتبر الاستعمال في هذه الحالة تجاوزا للحدود الموضوعية لحق الملكية، يستلزم إيقاف الاستعمال الغير مشروع، ويرتب مسؤولية المالك بجميع صورها، ولا يكفي أن يلتزم المالك في استعمال ملكيته العقارية الخاصة للحدود الموضوعية لحق الملكية، إذ قد يعتبر استعماله غير مشروع رغم التزامه هذه الحدود، وذلك إذا كان قد تعسف في هذا الاستعمال.

ويعني التعسف أن المالك قد لا يخرج عن حدود حقه نفسها، ولا يرتكب خطأ معينا، ولكنه رغم ذلك يكون مسؤولا عن استعماله حقه نتيجة ما يصيب الغير من أضرار بسبب ذلك الاستعمال إذا كان المالك قد تعسف فيه(**26**).

وفي هذا الصدد نصت المادة 674 من القانون المدني الجزائري على أن: «الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط ألا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة»، ثم نصت المادة 691 من نفس القانون على أنه: «يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار.

ب – قيد مضار الجوار غير المألوفة:

يجب على المالك ألا يغلوا في استعمال حقه، وإلا عد مسؤولا عما يؤدي إليه استعماله لحقه من أضرار فاحشة تصيب الجار، وهذه فكرة قديمة نادت بها الشريعة الإسلامية، وظهرت في أقوال بوتيه وأخذ بها

القضاء في فرنسا ومصر رغم عدم وجود نص يقررها، وفكرة مضار الجوار رغم أنها فكرة قديمة إلا أنها لم تتخذ أهمية خاصة إلا في العصر الحديث(27).

وفي هذا الصدد نصت المادة 691 من القانون المدني الجزائري على أنه: «...وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار غير المألوفة، غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف، وعلى القاضي أن يراعي في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخرين والغرض الذي خصصت له ...».

إذا معيار تقدير الضرر الغير مألوفة هو العرف وطبيعة العقارات وموقعها، والغرض الذي خصصت له، هو معيار مرن غير جامد، هذا ولا يمنع اعتبار الضرر غير مألوف وجود ترخيص إداري مثلا، كما أن مسألة تقدير ما إذا كان الضرر مألوفا أو غير مألوف مسألة موضوعية من اختصاص القاضي، مع ملاحظة أنه للقاضي عدم الاستجابة إلى طلب إزالة مضار الجوار الغير مألوفة إذا كان في إزالتها إرهاق للمالك، ويمكنه في هذه الحالة أن يحكم بالتعويض بدلا من ذلك(28).

ج – قيد وضع الحدود:

في حالة وجود أرضين غير مبنيتين متلاصقتين لمالكين مختلفين، فإن اتصال حدود ملكهما قد يؤدي إلى صعوبة التعرف على الحد الفاصل بينهما، وما قد يثيره هذا الإشكال من منازعات بين المالكين المتجاورين(29).

وعليه أتاح المشرع لمالك العقار المجاور أن يجبر جاره على وضع حدود لملكيتهما المتلاصقتين، على أن تكون نفقات التحديد مشتركة بينهما(30).

والمقصود بوضع الحدود تحديد الخط الفاصل بين أرضين غير مبنيتين وإظهاره بعلامات مادية فاصلة كالطوب أو الحديد أو غيرهما، فهو وضع يفرضه التلاصق في الجوار(31).

ويتم وضع الحدود إما بطريقة رضائية باتفاق الجارين المتلاصقين، وإما عن طريق اللجوء إلى القضاء برفع دعوى تعيين الحدود، وهي دعوى عينية عقارية غير قابلة للتقادم (32)، بشرط أن لا تكون الملكية ذاتها محل نزاع بين الجارين، وتتولى المحكمة وضع الحدود من خلال تطبيق مستندات ملكية الطرفين على طبيعة العلامات المادية الفاصلة بين ملكيتهما(33).

فإذا تجاوز المالك الحدود الموضوعية لحقه تحققت مسؤوليته سواء كان خطأ تجاوز الحدود شخصيا من المالك، أو كان خطأ ارتكبه باعتباره حارسا (خطأ مفترض) (34).

د – قيد الحائط الفاصل:

إذا تلاصق ملكان فإن الحائط الفاصل بينهما، إما أن تكون ملكيته مشتركة بين المالكين (الجارين) أو تكون خالصة لأحدهما(**35**)، وفي هذا الصدد لا يستطيع الجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه، ولكن إذا قام المالك من تلقاء نفسه بتحويطه أو حتى ببناء حائط على ي حد من حدود هذا المالك، فإن الحائط يكون ملكا خالصا له ولا يستطيع جاره أن يجبره على النزول عن ملكة جزء من هذا الحائط أو من الأرض المقام عليها الحائط(**36**).

03 – دور التلاصق في الجوار في تقييد الملكية العقارية الخاصة المشتركة:

يترتب على استعمال الملكية العقارية الخاصة المشتركة مجموعة من القيود المرتبطة بالتلاصق في الجوار.

وفي هذا الصدد نشير إلى الملكية العقارية الخاصة المشتركة مقيدة هي الأخري شأنها شان الملكية المستقلة وبسبب التلاصق في الجوار بقيدي **التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة وقيد مضار الجوار غير المألوفة**، ولم يقيد المشرع هذه الملكية المشتركة في هذا المجال بأحكام تختلف عن الأحكام المتعلقة بالملكية المستقلة، ونستثني من الاشتراك في هاته الأحكام حالة:

- **قيد الحائط الفاصل:**

حيث يعتبر الحائط الفاصل في الملكية العقارية المشتركة حائطا مشتركا، والحائط المشترك هو الحائط المملوك ملكية مشتركة بين الجارين(**37**).

ويعتبر الحائط الذي يكون في وقت إنشائه فاصلا بين بنائين مشتركين حتى مفرقهما حائطا مشتركا ما لم يقم الدليل على عكس ذلك(**38**).

ويحق لمالك الحائط المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذي أعد له، وان يضع فوقه عوارض ليسند عليها السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقته، فإذا لم يعد الحائط المشترك صالحا للغرض الذي حصص له، تكون نفقه ترميمه وإعادة بنائه على بين الشركاء بحسب حصة كل واحد(**39**).

وفي هذا المجال لابد من الإشارة إلى أن أي من الشريكين في الحائط المشترك لا يجوز له أن يطلق قسمة الحائط ولا التصرف في حصته المشاعة كما لا يجوز لدائنيه الحجز على هذه الحصة الشائعة.

وإذا كانت إعادة ترميم وبناء الحائط المشترك من طرف أحد الشركاء دون غيره، وكان هذا الشريك هو السبب وحده سببا فيما أصاب الحائط، فإن هذا المالك يتحمل وحده نفقات الترميم والبناء(**40**).

ثالثا: دور التلاصق في الجوار في تقييد سلطة التصرف في الملكية العقارية الخاصة:

بالرغم من أن المبدأ العام يقتضي إتاحة الحق لمالك العقار في أن يتصرف في عقاره كافة التصرفات التي يراها مناسبة، فإن القانون الذي أتاح له هذا الحق قيده بجملة من القيود.

وعليه سوف نتناول ضمن هذا المحور تحديد المقصود بسلطة التصرف في الملكية العقارية الخاصة، ودور التلاصق في الجوار في تقييد هذه السلطة وذلك ضمن النقاط الموالية:

01 – تحديد المقصود بسلطة التصرف في الملكية العقارية الخاصة:

تشمل سلطة التصرف بصفة عامة ومنها سلطة التصرف في الملكية العقارية الخاصة نوعين من أعمال التصرف هما:

التصرف القانوني: وهو العمل القانوني الذي يترتب عليه أثر قانوني في الملكية العقارية ، ويتضمن تنازل المالك للغير عن حقوقه المقررة على هذه الملكية كلها أو بعضها، بصورة نهائية او مؤقتة، بعوض أو بدون عوض، وسواء تضمن هذا التصرف نقل الملكية نهائيا مثل البيع أو مجرد ترتيب حق من الحقوق العينية عليها كالرهن.

التصرف المادي: ويشمل الأعمال المادية التي يترتب عليها أثر حسي في الشيء المملوك كتغيير صورته، أو إتلافه، أو تجزئته ...إلخ(**41**).

أما القيود التي ترد على سلطة التصرف في الملكية العقارية الخاصة، فهي كثيرة منها استملاك العقارات للمنفعة العامة، وإجبار المدين على بيع ملكيته بيعا قضائيا، وإجبار الشريك على بيع حصته الشائعة ...إلخ، لكن وفقا لشروط وضوابط قانونية(**42**).

وسوف ن ورد ضمن النقطتين المواليتين أهم القيود المرتبطة بدور التلاصق في الجوار في تقييد الملكية العقارية الخاصة:

01 – دور التلاصق في الجوار في تقييد سلطة التصرف على الملكية العقارية الخاصة المستقلة:

يترتب على التلاصق في الجوار مجموعة من القيود التي ترد على سلطة التصرف في الملكية العقارية الخاصة والتي يمكن التطرق إلي أهمها فيما يلي:

أ – قيد الشفعة:

الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون(**43**)، وأصحاب الحق في الشفعة هم:

– مالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة.

– الشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار إلى أجنبي.

– صاحب حق الانتفاع – صاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها(**44**).

وعليه يمكن القول أن الشفعة تمتاز بالعناصر الأساسية التالية:

فالشفعة كقيد على حرية التصرف في الملكية العقارية الخاصة المستقلة تعني تلك الرخصة التي بموجبها يحل الشفيع (صاحب الملكية العقارية الخاصة المستقلة) محل المشتري في بيع العقار ذلك وفقا للشروط والآجال التي يحددها القانون.

وعلى الراغب في الأخذ بالشفعة أن يعلن عن رغبته في الأخذ بها إلى كل من البائع والمشتري خلال أجل 30 يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجه إليهما(**45**).

ويكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط ويجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال 30 يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة ، ويشترط في الإيداع أن يتم قبل رفع دعوى الشفعة(**46**).

ب – قيد المنع من التصرف:

الأصل – كما سبق وذكرنا- أن المالك له أن يتصرف في ملكه كما يشاء، غير أن حرية التصرف ليست مقررة لصالح المالك وحده، وإنما تؤدي أيضا إلى تحقيق المصلحة العامة، وقد يحدث عملا أن يتضمن تصرف قانوني ناقل للملكية شرط يمنع بموجبه على المتملك التصرف في ملكه ويقيد من سلطته في التصرف عليها(**47**).

03 – دور التلاصق في الجوار في تقييد الملكية العقارية الخاصة المشتركة:

تظهر صورة تقييد الملكية العقارية الخاصة المشتركة المتعلقة بالتلاصق في الجوار **قيد المنع من التصرف** وقد وردت احكامه عامة، لذا فإن هذا المنع بالنسبة للملكية العقارية المشتركة تنطبق عليه نفس أحكام الملكية العقارية المستقلة، كم تظهر صور التقييد في الملكية العقارية المشتركة في:**– قيد شفعة الجار**:

الشريك المستحق للشفعة هو:

- الشريك الذي له حقة مشاعة.
- الجار الشريك في حق من حقوق الملك.
- الجار الذي ليس بينه وبين جاره شراكة في الملك ولا في حقوق الملك وليس بينهما أي نوع من أنواع الشراكة.

وعلى هذا الأساس استقر بعض الفقهاء على أن الشفعة تعني استحقاق الشريك أخذ مبيع شريكه بثمنه أو أنها استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه من يد من انتقلت إليه إذا ما توافرت شروط ذلك(**48**).

والجار الشريك الذي تثبت له الشفعة هو الذي يكون شريكا في العقار المبيع ذاته، اما إذا كان شريكا الفاصل بين ملكه والعين المبيعة، فلا يعد شريكا في العقار المبيع ولا تثبت له الشفعة بوصفه شريكا(**49**).

رابعا: دور التلاصق في الجوار في تقييد سلطة استغلال الملكية العقارية الخاصة:

على غرار دوره في تقييد سلطتي الاستعمال والتصرف، يلعب التلاصق في الجوار دورا في تقييد سلطة استغلال الملكية العقارية الخاصة وفقا لما سنوضحه ضمن النقطتين المواليتين بعد أن نحدد في نقطة أولى المقصود بسلطة استغلال الملكية العقارية الخاصة.

01 – تحديد المقصود بسلطة استغلال الملكية العقارية الخاصة:

سلطة الاستغلال تعني استثمار المالك للشيء المملوك به، ليس بقصد الاستعمال الشخصي وإنما لكي يدر عليه إيرادا معينا، ويسمى هذا الإيراد بالثمار (50)، فهي السطة التي تخول للمالك حق استغلال العقار محل ملكيته، بحيث يعود عليه بناتج أو دخل معين، وقد يكون هذا الاستغلال استغلال مباشرا بواسطة المالك نفسه، وقد يكون استغلال غير مباشر عن طريق إبرام تصرف قانوني يمنح بمقتضاه المالك العقار محل ملكيته للغير للانتفاع به مقابل أجرة يحصل عليها(51).

اما مرد تقييد سلطة المالك على عقاره فيرجع إلى تعارض المصالح ، ومثالها القيود الواردة على استغلال المحلات، والمصالح الضارة بالصحة العامة، والمقلقة للراحة ...إلخ(52).

02 – دور التلاصق في الجوار في تقييد الملكية العقارية الخاصة المستقلة:

يلعب التلاصق في الجوار دورا هاما في تقييد سلطات الاستغلال في الملكية العقارية الخاصة المستقلة على الوجه الذي سنفصله أدناه:

أ – قيود الري أو الصرف"

وتسمى هذه القيود بالقيود المتعلقة بالمياه وتشمل:

- **حق الشرب:** ويقصد به حق الشخص في ري أرضه من مسقاة خاصة مملوكة لغيره (53)، وهو الحق الذي يستفيد منه الملاك المجاورين، ويستوي في الجوار في هذه الحالة أن يكون ملك الجار ملاصقا للمسقاة ذاتها أو ملاحقا للأرض التي تخترقها المسقاة، مع ضرورة دفع مقابل الشرب في هذه الحالة(54).
- **حق المسيل أو الصرف:** ويقصد بالمسيل أو الصرف حق مالك الأرض الزراعية البعيدة عن المصرف العام، في تصريف المياه الزائدة عن حاجة أرضه ويمنح هذا الحق للمالك الذي ليس لديه مصرف كاف أو ليس لديه مصرف أصلا(55).

ب – قيد حق المرور:

أجاز القانون لمالك الأرض المحصورة التي ليس لها أي ممر يصلها بالطريق العام أو كان لها ممر لكنه غير كاف للمرور أن يطلب حق المرور على الأملاك المجاورة مقابل تعويض يتناسب مع الأضرار التي يمكن أن تحدث من جراء ذلك(**56**).

غير أنه لا يجوز لمالك الأرض المحبوسة التي كان انحصارها عن حق المرور ناتجا عن إرادته الاستفادة من حق المرور ولا يمكنه إلا المرور على وجه الاتفاق أو وجه الإباحة(**57**).

03 – دور التلاصق في الجوار في تقييد سلطة التصرف في الملكية العقارية الخاصة المشتركة:

إن الملكية العقارية الخاصة المشتركة من مطلق الاشتراك فيها يمكن أن تؤدي إلى النتائج التالية:

– بالنسبة **للملكية المشتركة المشاعة** : هذه الملكية يملك فيها جميع الملاك العقار ملكية مشاعة، ومنه فغنهم يشتركون في جميع الحقوق والسلطات المترتبة على هذا العقار، ومنه لا يمكن القول بارتفاق المجري أو المرور أو المطل لأن الملكية في هذه الحالة غير مفرزة.

– بالنسبة **للملكية المشتركة المفرزة**: هذه الملكية هي الملكية التي يحق للمالك فيها التمتع بسلطاته على الأجزاء الخاصة التابعة لحصة بحرية، ويحق له التمتع بالأجزاء الخاصة والمشتركة بشرط ألا يمس بحقوق باقي الشركاء وألا يلحق ضررا بالعقار وفي هذه الحالة بعد إفراز حصص كل شريك يبقى حق الشرب وحق المرور خاصة حقوق مشتركة أو ملكية مساعة بين جميع الشركاء.

– بالنسبة **للملكية المشتركة على العقارات المبنية**: وهي الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبني أو مجموعة العقارات المبنية، والتي تكون ملكيتها مقسمة حصصا بين عدة أشخاص تشمل كل واحدة منها على جزء خاص ونصيب في الأجزاء المشتركة.

وفي هذه الحالة تعتبر أجزاء مشتركة أجزاء العقارات المبنية وغير المبنية التي يملكها على الشيوع كافة الملاكين المشتركين بالنسبة لنصيب كل واحد منهم في كل حصة لاستعمال أو منفعة جميع الملاك المشتركين أو لأكبر عدد منهم، وهنا نشير إلى أن الأجزاء المشتركة في هذه الحالة لا تكون قابلة للتقسيم، وتشمل الأراضي والأسطح والجدران الأساسية، والأروقة الرئيسية ...إلخ، وأبرز مثال على هذا النوع من الملكية ملكية العمرات والطوابق أين يشترك الشركاء في الأسطح والسلالم ...إلخ.

خاتمة:

بعد دراستنا لموضوع دور الالتصاق في الجوار في تقييد الملكية العقارية الخاصة في التشريع العقاري الجزائري أمكننا تسجيل جملة من النتائج التي نورد أهمها فيما يلي:

– تعتبر الملكية العقارية الخاصة من أهم الحقوق التي يتمتع بها الإنسان في الوقت الحاضر، وعليه حظيت هذه الملكية بحماية خاصة منحها إياها المشرع الأساسي، الذي أحال إلى المشرع العادي مسألة تنظيمها ووضع القيود عليها حتى لا تخرج عن الإطار الذي خصصت له.

– بالرغم من أهمية حماية الملكية العقارية الخاصة، إلا أن هذه الحماية في التشريع الجزائري لم تظهر بالصورة التي نعرفها بها اليوم إلا بصدور دستور 1989.

– لكن الحماية التي تتمتع بها الملكية العقارية الخاصة لم تحل دون وضع مجموعة من القيود عليها، وذلك بغية الحفاظ على مجموعة المصالح المتعارضة وحماية المصلحة الأولى بالرعاة، وذلك من خلال الموازنة بين حماية هذه الملكية وبين تحقيق المصالح العامة والمصالح الخاصة الموازية لها.

– تتعدد صور تقييد الملكية العقارية الخاصة بين القيود التي ترد على سلطة الاستعمال تلك التي ترد على سلطة التصرف، والتي ترد على سلطة الاستغلال.

– يعتبر التلاصق في الجوار، أحد صور القيود الواردة على الملكية العقاري ة الخاصة، وفي الوقت ذاته أحد أسباب تقييد هذه الملكية، وتتنوع القيود التي يفرضها التلاصق في الجوار إلى تلك التي ترد على سلطة الاستعمال، والتي ترد على سلطة التصرف، والتي ترد على سلطة الاستغلال، أي أنه يقيد جميع سلطات الملكية العقارية الخاصة.

– التلاصق في الجوار تتنوع القيود التي يرتبها على الملكية العقارية الخاصة إلى تلك التي تترتب على الملكية العقارية المستقلة، وتلك التي ترد على الملكية العقارية المشتركة، وتختلف هذه القيود بحسب نوع الملكية مستقلة أم مشتركة.

قائمة المراجع:

01 - **جمال خليل النشار** ، الالتصاق كسبب من أسباب كسب الملكية في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، (دون بلد)، (دون تاريخ).

02 - **خليل أحمد حسن قدادة** ، مدى شرعية القيود الإدارية التي ترد على حق الملكية «دراسة مقارنة بين القانون المدني الفرنسي والمصري والأردني ومجلة الأحكام العدلية والمشروع التمهيدي للقانون المدني الفلسطيني، مجلة الجامعة الإسلامية، (سلسلة الدراسات الإنسانية)، غزة، فلسطين، المجلد 12، العدد 02، يونيو 2004.

03 - **خوادمية سميحة حنان** ، قيود الملكية العقارية الخاصة في الجزائر، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، الجزائر، العدد 04.

04 - **رمضان أبو السعود** ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية «أحكامها ومصادرها»، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، (دون تاريخ).

05– **محمد حاتم البيات** ، الوصف القانوني للسطح في بيئة الأبنية متعددة الطوابق «دراسة تحليلية تأصيلية في القانون المدني مقارنة بالقرارات الإدارية الصادرة عن محافظة دمشق ووزارة الإسكان»، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، دمشق، سوريا المجلد 25، العدد 02، 2009.

06 – **محمد حسين قاسم** ، موجز الحقوق العينية الأصلية «حق الملكية»، منشورات الحلبي الحقوقية، (دون تاريخ)، ج01، ط01، 2005.

07 - **محمد شكري سرور** ، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، (دون تاريخ).

08 - **نزيه محمد الصادق المهدي** ، الملكية في النظام الاشتراكي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1971.

09 - **عبد المنعم فرج الصدة** ،الحقوق العينية الأصلية «دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري»، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، (دون تاريخ).

10 - **عبد العزيز حسين عمار** ، الموجز المفيد في حق الملكية بوجه عام والقيود الواردة عليها، دون دار طبع، دون بلد، 2010.

11 - **علي أحمد صالح المهداوي** ، أضواء على القانون رقم: 27 لسنة 2007 بشأن الملكية العقارية المشتركة في إمارة دبي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، المجلد07، العدد 02، يونيو 2010.

12 - **علي بن هادية – بلحسن البليش– الجيلاني بن الحاج يحي** . القاموس الجديد للطلاب، الشركة التونية للتوزيع، تونس.

13 - **هيئة كبار العلماء** ، حكم الشفعة بالمرافق الخاصة، مجلة البحوث الإسلامية، اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإقليمية، المجلد 01، العدد 03، ص 230.

14 - دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996.
15 - القانون المدني الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم: 58/75 المؤرخ في: 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

قائمة الهوامش:

(**1**) – **نزيه محمد الصادق المهدي**، الملكية في النظام الاشتراكي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1971، ص 01و69.

(**2**) – **خليل أحمد حسن قدادة** ، مدى شرعية القيود الإدارية التي ترد على حق الملكية «دراسة مقارنة بين القانون المدني الفرنسي والمصري والأردني ومجلة الأحكام العدلية والمشروع التمهيدي للقانون المدني الفلسطيني، مجلة الجامعة الإسلامية، (سلسلة الدراسات الإنسانية)، غزة، فلسطين، المجلد 12، العدد 02، يونيو 2004، ص 151.

(**3**) – أنظر في ذلك: المادة 647 من القانون المدني الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم: 58/75 المؤرخ في: 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

(**4**) – **علي أحمد صالح المهداوي** ، أضواء على القانون رقم: 27 لسنة 2007 بشأن الملكية العقارية المشتركة في إمارة دبي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، المجلد07، العدد 02، يونيو 2010، ص 197.

(**5**) – أنظر في ذلك: المادة 52 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996.

(**6**) – **خوادمية سميحة حنان**، قيود الملكية العقارية الخاصة في الجزائر، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر،كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، الجزائر، العدد 04، ص 232.

(**7**) – **نزيه محمد الصادق المهدي**، مرجع سابق، ص 32.

(**8**) – **عبد العزيز حسين عمار**، الموجز المفيد في حق الملكية بوجه عام والقيود الواردة عليها، دون دار طبع، دون بلد، 2010، ص 04.

(**9**) – **خوادمية سميحة حنان**، مرجع سابق، ص 232.

(**10**) – **عبد العزيز حسين عمار**، مرجع سابق، ص 05 وما بعدها بتصرف.

(**11**) – **نزيه محمد الصادق المهدي**، مرجع سابق، ص 34.

(**12**) – المرجع نفسه، ص 34.

(**13**) – **علي أحمد صالح المهداوي**، مرجع سابق، ص 198.

(**14**) – **نزيه محمد الصادق المهدي**، مرجع سابق، ص 10.

(**15**) – أنظر في ذلك: المادة 713 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، مرجع سابق.

(**16**) – **محمد حسين قاسم**، موجز الحقوق العينية الأصلية «حق الملكية»، منشورات الحلبي الحقوقية، (دون تاريخ)، ج01، ط01، 2005، ص 117.

(**17**) – أنظر في ذلك المادة 743 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، مرجع سابق.

(**18**) – أنظر في ذلك: المادة 749، المرجع نفسه.

(19) – **علي أحمد صالح المهداوي**، مرجع سابق، ص 198.

(20) – **محمد حاتم البيات** ، الوصف القانوني للسطح في بيئة الأبنية متعددة الطوابق «دراسة تحليلية تأصيلية في القانون المدني مقارنة بالقرارات الإدارية الصادرة عن محافظة دمشق ووزارة الإسكان»، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، دمشق، سوريا المجلد 25، العدد 02، 2009، ص 536.

(21) – التلاصق يختلف عن الالتصاق، الذي يعني اندماج أو اتحاد شيئين متميزين أحدهما عن الآخر اتحادا ماديا ومملوك لمالكين مختلفين دون اتفاق بينهما على هذا الاندماج، بحيث يصعب ويتعر فصل أحدهما عن الآخ.

لمزيد من التفصيل أنظر:

جمال خليل النشار، الالتصاق كسبب من أسباب كسب الملكية في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، (دون بلد)، (دون تاريخ)، ص 56.

رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية «أحكامها ومصادرها»، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، (دون تاريخ)، ص 202.

(22) – **علي بن هادية – بلحسن البليش– الجيلاني بن الحاج يحي**. القاموس الجديد للطلاب، الشركة التونية للتوزيع، تونس، ص 215.

(23) – **نزيه محمد الصادق المهدي**، مرجع سابق، ص 24.

(24) – المرجع نفسه، ص 29.

(25) – **علي أحمد صالح المهداوي**، مرجع سابق، ص 197.

(26) – **نزيه محمد الصادق المهدي**، مرجع سابق، ص 227.

(27) – **عبد المنعم فرج الصدة**،الحقوق العينية الأصلية «دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري»، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، (دون تاريخ)، ص 54.

(28) – **عبد العزيز حسين عمار**، مرجع سابق، ص 05.

(29) – **محمد شكري سرور**، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، (دون تاريخ)، ص 269.

(30) – أنظر في ذلك: المادة 703 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

(31) – **سعيد جبر**، حق الملكية، (دون دار طبع) القاهرة، مصر، 2001، ص 396-397.

(32) – **عيد العزيز حسين عمار**، مرجع سابق، ص 09.

(33) – **سعيد جبر**، مرجع سابق، ص 297.

(34) – **عبد المنعم فرج الصدة**، مرجع سابق، ص 54-55.

(35) – **محمد شكري سرور**، مرجع سابق، ص 272.

(36) – **سعيد جبر**، مرجع سابق، ص 402.

(37) – **سعيد جبر**، مرجع سابق، ص 398.

(38) – أنظر في ذلك المادة 707 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

(39) – أنظر في ذلك: المادة 704 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

(40) – **عبد العزيز حسين عمار**، مرجع سابق، ص 11.

(41) – **نزيه محمد الصادق المهدي**، مرجع سابق، ص 214.

(42) – **علي أحمد صالح المهداوي**، مرجع سابق، ص 198.

(43) – أنظر في ذلك المادة 794 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

(44) – أنظر في ذلك: المادة 795 المرجع نفسه.

(45) – أنظر في ذلك المادة 799 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

(46) – أنظر في ذلك المادة 801، المرجع نفسه.

(47) – **محمد شكري سرور**، مرجع سابق، ص 283.

(48) – **هيئة كبار العلماء**، حكم الشفعة بالمرافق الخاصة، مجلة البحوث الإسلامية، اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإقليمية، المجلد 01، العدد 03، ص 230.

(49) – **محمد حسين قاسم**، مرجع سابق، ص 264.

(50) – **نزيه محمد الصادق المهدي**، مرجع سابق، ص 24..

(51) – المرجع نفسه، ص 29.

(52) – **علي أحمد صالح المهداوي**، مرجع سابق، ص 197.

(53) – **سعيد جبر**، مرجع سابق، ص 384..

(54) – المرجع نفسه، ص 284-286.

(55) – **عبد المنعم فرج الصدة**، مرجع سابق، ص 77-78.

(56) – أنظر في ذلك المادة 893 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

(57) – انظر في ذلك المادة 695 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

أ.حكيمة عمورة

مفهوم حق المطل كقيد على الملكية العقارية الخاصة و تأثير تقريره على سلطات المالك"

جامعة باتنة

مقدمة

إن تكريس حق الملكية العقارية في المواثيق الدولية و تنظيمه بترسانة من التشريعات لا ينفي وجود قيود قانونية تجعل التمتع بهذا الحق موافقا لطبيعته و ما يرتبه القانون من آثار على هذا التقيد للمنفعة الخاصة أو العامة.

قد ألزم القانون على كل مالك و هو يمارس سلطاته الكاملة (استعمال، استغلال و تصرف) بعدم الإتيان بتصرفات تضر بجاره ولو كان قليلا لأن مدار التصرف في الملك مبني على عدم الضرر بالجيران، فليس للمالك أن يمنع دخول الهواء الشمس عن جارة ولا أن يحرمه من النظر من نوافذه، و نظرا لخصوصية هذه الطبيعة جعل المشرع قيود الملكية العقارية قيودا قانونيا لا دخل لإرادة الملاك فيها وجودا و عدم، لذلك نجد تنظيم المشرع الجزائري لحق المطل جاء متمايزا من خلال تصنيفه إضافة لما تأثره طبيعة هذا القيد على سلطات لمالك وفقا لطبيعتها القانونية **فما هو مفهوم حق المطل كقيد على الملكية العقارية؟ و ما تأشير وجوده على ما للمالك من سلطات؟** و هو ما سنتناوله في المبحثين التاليين:

المبحث الأول: مفهوم حق المطل كقيد على الملكية العقاري

المبحث الثاني: تأثير تقرير حق المطل كقيد على الملكية العقارية على سلطات المالك.

المبحث الأول

مفهوم حق المطل كقيد على الملكية العقارية

إن تحديد مفهوم دقيق لحق المطل كقيد على الملكية العقارية لا يكون بمنأى عن المجال الذي يطبق فيه، فلا بد من التطرق لتعريف حق المطل مع بيان أنواعه و أساس تقرير وجوده و الشروط القانونية السامحة لفتح مطل مع مراعاة الطبيعة القانونية لهذا الحق و سنتناول ذلك في المطالب التالية:

المطلب الأول: تعريف حق المطل.

المطلب الثاني: أساس تقرير حق المطل.

المطلب الثالث: شروط الاستفادة من حق المطل القانوني.

المطلب الرابع: الطبيعة القانونية لحق المطل.

المطلب الأول

تعريف حق المطل

يعرف حق المطل بأنه: " فتحات تعد للنظر و الإطلال إلى الخارج مع تأمين دخول الضوء و الهواء كالنوافذ و الشبابيك و الشرفات و الخارجات عن حدود الواجهات بشكل عام[1]."

و قد نظم المشرع الجزائري حق المطل من خلال المادتين 709 و 710 من القانون المدني، حيث اعتبر أنه من حق الجار الحصول على مطل مواجه أو منحرف على ملك جاره متى استلزم الأمر ذلك مقيدا إياه بجملة من الشروط تفرضها طبيعة هذا الحق و ضمانا للمالك من أي اعتداء يقع على ملكيته يتجاوز به جاره هذا الحق.

والمطل أما أن يكون مواجها يمكن الإطلال منه على ملك الجار مباشرة دون حاجة للالتفات يمينا أو شمالا، أو مطلا منحرفا لا يمكن الإطلال منه على ملك الجار ألا بعد الالتفات يمينا و شمالا أو بعد الانحناء إلى الخارج[2].

المطلب الثاني

أساس تقرير حق المطل

إن حرية التملك أمر طبيعي و بديهي نافع و ضروري، حتى تصطدم بحق الغير أو المجتمع أو مصلحته، فهنا يتوجب إيقافها أو الحد منها[3]، و هنا تفرض القيود الواردة على حق الملكية فخلافا " **لمبدأ حرية المرء في التمتع بملكه"** و استعماله فإن القانون فرض قيودا على هذا الاستعمال فيما يتعلق بالمطلات[4].

ويعود ذلك أنه لا يمكن للمالك استغلال ملكه بما يوافق طبيعته ألا بوجود هذه المطلات، فطبيعة الملك المخصص للسكن تفرض أن يدخله الضوء و الهواء مع إمكانية النظر إلى خارجه مما يسمح بحسن تمتع المالك به و إلا تحول إلى أشبه بالقبر و لكن فوق الأرض لا تحتها.

و من هنا تبرز أهمية تقرير حق المطل لما فيه من تجسيد فعلي لحق الملكية العقارية و حق المالك في التمتع بملكه و إشباع غريزة التملك لديه.

المطلب الثالث

شروط الاستفادة من حق المطل القانوني

قيد المشرع الجزائري حق الجار في الحصول على حق المطل على عقار جاره بقيد احترام المسافة القانونية بين ملكه و ملك جاره وفقا لنوعية المطل المزمع إنشائه.

فبالنسبة للمطل المواجه نصت المادة 01/709 من القانون المدني على أنه،" لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن مترين و تقاس المسافة من ظهر الحائط الذي يوجد له مطل أو من الحافة الخارجية للشرفة أو النتوء[5]".

و بذالك أقر المشرع بحق في فتح مطل مواجه بشرط احترام مسافة المترين [6]، مع العلم أن قيد المسافة المذكور من القواعد العامة التي تسري على كل مطل لا يخضع للقانون الخاص، أما إذا وجد قانون خاص كقانون التهيئة و التعمير الذي ينص على مسافات مختلفة فإن هذا الأخير هو الذي يطبق في الأماكن الخاضعة لحكمه [7]، و قد القانون 29/90 المتعلق بالتهيئة و التعمير قيد المسافة إلى أربع أمتار بدل المترين المذكورين في المادة 709 من القانون المدني الجزائري[8].

أما بالنسبة للمطل المنحرف [9] تنخفض المسافة إلى ستين سنتيمترا بدلا من المترين [10]، و يعود سبب اختلاف المسافة بين نوعي المطل إلى أن المطل المواجه هو أكثر مضايقة للجار من المطل المنحرف لكونه يطل بشكل مباشر على ملك هذا الأخير، بينما المطل المنحرف فيحتاج إلى أن يلتف الناظر منه إلى اليمين أو الشمال أو حتى الانحناء إلى الخارج لذا قيد المشرع المطل المواجه بقيد أشد من المطل المنحرف[11].

المطلب الرابع
الطبيعة القانونية لحق المطل

اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للقيود الواردة على الملكية فاعتبرها البعض حقوقا ارتفاق، في حين أن حق الارتفاق هو:" حق يتقرر على عقار لمصلحة عقار آخر فيخرج بكل من العقار المرتفق و العقار المرتفق به عن النظام المألوف لحق الملكية[12]."

و يتمثل هذا النظام في كون حق الملكية حقا خاليا من كل قيد إلا تلك القيود التي فرضها القانون، لذا ما تقرر من قيود يخرج بالملكية عن حدود التنظيم العام فهو حق ارتفاق [13]، ومن القيود التي فرضها القانون للمصلحة العامة و منها ما تقرر للمصلحة الخاصة كقيود الجوار وحق فتح المطلات و المناور على ملك الجار، و هي بهذا المفهوم من صميم الملكية و تمثل التنظيم العام المألوف لها [14]. ويلاحظ أن المصدر المباشر للقيود الواردة على حق الملكية دائما هو نص القانون و صفتها العامة المجردة مما يجعل منها حدودا عامة لنطاق الملكية، بينا حقوق الارتفاق فمصدرها دائما فعل الإنسان المادي أو الإرادي و صفته الخاصة ثابتة لتعلقه بملكية معينة بالذات مما يجعل منها أعباء استثنائية فيها الزيادة عن القيود العادية المقررة بمقتضى القانون لنطاق حق الملكية[15].

و على ذلك فحق المطل هو **قيد قانوني** وارد على الملكية العقارية [16] مقرر **للمصلحة الخاصة للملاك المتجاورين**، و هو مسلك المشرع الجزائري؛الذب أورد أحكام حق المطل في القسم الثالث من الباب الأول من الكتاب الثالث من القانون المدني تحت عنوان القيود التي تلحق حق الملكية في حين أنه نص على أحكام حق الارتفاق في الفصل الثاني من الباب الثاني من الكتاب الثالث بعنوان تجزئة حق الملكية.

المبحث الثاني

تأثير تقرير حق المطل كقيد على الملكية العقارية على سلطات المالك

لا شك أن تقرير أي قيد على الملكية العقارية ينعكس بشكل مباشر على سلطات المالك و يؤثر فيه في عدة جوانب، تجعل ممارسته مفيدة له و لجيرانه و لذا السبب ليس للمالك حرية في قبول فتح جاره لمطل على عقاره و لا المناقشة في منع ذلك، دون أن ننسى ما يفرزه من إشكالات على مستوى تطبيق أحكام التقادم المكسب و المسقط عليه، مع أن الملك دائما يضل متمتعا بصفته هذه و له حماية ملكيته من كل تجاوز بصدره الجار، و سنوضح ذلك في المطالب التالية:

المطلب الأول: عدم اشتراط رضا المالك عند فتح المطل

المطلب الثاني: مدي امكانية اكتساب حق المطل بالتقادم

المطلب الثالث: حق المالك في رفع دعوى للدفاع عن ملكيته

المطلب الأول

عدم اشتراط رضا المالك عند فتح المطل

الأصل أن حق الملكية يخول لصاحبه الاستئثار و الانتفاع بالشيء محل الملكية دون أن يشاركه أحد قي هذا الانتفاع[17]، غبر ان تقرير ق المطل لا يدع للمالك إرادة حرة في قبول أو رفض فتح جاره لمطل على عقاره، و يعود ذلك إلى طبيعة هذا القيد من حيث اعتباره قيدا قانونيا لا يمكن الخروج عنه أو تجاهله، و لا يمكن للمالك أيضا الاحتجاج بعدم رغبته في ذلك لما يشكله من اعتداء على حرمة مسكنه و سلطاته في استعمال و استغلال ملكه بحسب رأيه.

و الصحيح أن حق الملكية يخول لصاحبه أن يستعمل الشيء في كل ما أعد له هذا الشيء و في كل ما يستعمل فيه و لكن المالك نفسه يتقيد مع ذلك في هذا الاستعمال بالقيود التي فرضها القانون و منها السماح لجاره بفتح مطل على عقاره بشرط احترام قيد المسافة المحددة قانونا [18] و كل زيادة عن هذه المسافة يعرض الجار للمسؤولية و يعد اعتداءا على سلطات المالك و لهذا الأخير استخدام الوسائل القانونية المكفولة للدفاع عن حقه[19].

المطلب الثاني

مدي إمكانية اكتساب حق المطل بالتقادم

إن القيود القانونية تمثل الوضع العادي للملكية فلا تزول بعدم الاستعمال لأنها قيود دائمة ترد عل حق الملكية و تدوم بدوام هذا الحق[20]، و على ذلك بمكن المطالبة بالإفادة منها في أي وقت دون أن يمنع من ذلك السكوت قبلا عن هذه المطالبة مهما طال الزمن[21]، وكذلك لا تكتسب هذه القيود بالتقادم المكسب لأن الإفادة منها تعتبر من المباحات فلا تصلح مبدأ لحيازة مكسبة للتقادم[22].

وهذه الأحكام متعلقة بالمطل المستوفي لقيد المسافة باعتباره استعمالا لرخصة في حدودها القانونية، فلا يعتبر المطل مواجها كان أو منحرفا حق ارتفاق على العقار المجاور لأنه كما تقدمنا قيد من قيود الملكية لمصلحة العقار المجاور[23].

و يخرج عن هذه الأحكام المطل الذب فتح دون استيفاء قيد المسافة الذي يعد حينها **ارتفاق للعقار المطل على العقار المطل عليه[24]** مادام مفتوحا دون مراعاة لمسافة القانونية، و بالتالي يمكن اكتسابه بالتقادم و هو ما أكدته المادة 02/709 من القانون المدني بنصها:" إذا اكتسب أحد بالتقادم الحق في مطل مواجه لملك الجار على مسافة تقل عن المترين، فلا يجوز لهذا الجار أن يبني على مسافة تقل عن المترين تقاس بالطريقة السابق بينها أعلاه، و ذلك على طول البناء الذي فتح في المطل."

و قد اكد الاجتهاد القضائي الجزائري أنه لا يكفي لاكتساب حق ارتفاق المطل على مسافة تقل عن مترين أثبات عدم توافر شرط المسافة القانونية و أسبقية البناء أنما يجب الاستمرار في الحيازة القانونية لمدة 15 سنة كاملة[25]. على أنه يثار أشكال حول أمكانية اكتساب ارتفاق المطل بالتقادم[26] في الأراضي الممسوحة[27]، لاسيما في ظل نظام الشهر العيني الذي وضع قواعد تفيد أن العقارات التي شملتها عملية المسح العام للأراضي غير قابلة للتقادم[28]، خاصة و أن الاجتهاد القضائي متذبذب بين أمكانية اكتساب العقار بالتقادم بخلاف السجل العيني مع أن البعض يؤكد أنه يمكن الأخذ بنظام التقادم المكسب و لكن في حالات محدودة يمكن الأخذ بها في القانون الجزائري قصد حماية الوظيفة الاقتصادية للعقار تدعيما للحق المشهر[29].

المطلب الثالث

حق المالك في رفع دعوى للدفاع عن ملكيته

إن تقرير حق المطل لا يجمد سلطات المالك بل يقيدها و يبقى له الاستفادة منها برد اي اعتداء يقع على ملكيته، و من المعروف أن المستفيد من أي قيد قانوني على حق الملكية يتمتع بدعوى عينية لحماية حقه[30]، فإذا فتح الجار مطلا غير مستوف لقيد المسافة بأن كان مفتوحا على مسافة أقل من مترين إذا كان مواجها أو على مسافة أقل من ستون سنتمترا إذا كان منحرفا كان لصاحب العقار المجاور أن يطلب سده[31]، عن طرق رفع دعوى لفرض احترام المسافة المقررة قانونا لفتح المطلات، و هي دعوى مخولة للمالك فقط[32]، فالمستأجر و بالرغم

من كوته المنتفع من العقار و فتح جاره مطلا غير مستوف لقيد المسافة يضايقه ألا أن قيد حق المطل قيد على حق الملكية الذب هو حق عيني لا على حق الإيجار الذي هو حق شخصي و بالتالي كل تجاوز يهدد حق الملكية للمالك وحده رده.

و الحق في رفع الدعوى لا يعد تقليلا أو إهدارا لحق المطل المكفول للجار لأن الدعوى لا ترفع إلا متى كان هناك تجاوز للمسافة القانونية.

وقد عالج الاجتهاد القضائي اللبناني مسألة المطلات غير المستوفية لشرط المساقة أيا كان نوعها عن طريق سدها بالزجاج المحجر أو المغشي و الثابت، فاعتمد الاجتهاد هذا الحل معتبرا أن حق المالك المجاور بمنع الرؤية قد جرت المحافظة عليه باستعمال الزجاج المغشي[33].

خاتمة

إن موضوع حق المطل كقيد على الملكية العقارية دون شك من المواضيع القانونية التي تشغل حيزا كبيرا في الحق القانوني نظرا لأهميته على الصعيد العلمية العملي ازدياد ضرورة حماية الملكية العقارية في كل الأحوال و الظروف، و بناءا على ذلك نخلص للإجابة على الإشكالية المطروحة في المقدمة حيث توصلنا لمجموعة من النتائج على النحو التالي:

أولا: النتائج

1- يكتسي قيد حق المطل أهمية بالغة في تحسين العلاقات بين الملاك المتجاورين و حسن أداء العقار لوظيفته الاجتماعية.

2- يتوجب التمييز بين حق المطل كقيد على حق الملكية العقارية و حق ارتفاق المطل الذي هو صورة لحق الارتفاق تبرز متى كان المطل المفتوح غير قانوني.

3- إن تأثير تقرير حق المطل لا يعد مساسا بحق الملكية أو انتقاصا من سلطات الملاك بل هو من صميم الملكية العقارية، و للمالك المتضرر من المطل غير المستوفي للشروط القانونية ضمانة الدعوى القضائية لحماية حقه.

الهوامش:

[1]- عفيف شمس الدين، الوسيط في القانون العقاري، الجزء الثالث، لبنان منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، سنة 2010، ص 288.

[2] – عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية ، الجزء التاسع، لينان، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2000، ص 776.

[3] – زغداوي محمد،" **نظام الملكية و نزعها في الشريعة الإسلامية**"، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الانسانية،مجلة الأمير عبد القادر للعلوم الانسانية، العدد الثامن عشر، سنة 2005، ص 42

[4] – عفيف شمس الدين، المرجع السابق، ص 288.

[5]– جاء في قرار الغرفة العقارية للمحكمة العليا تحت رقم 54887 مؤرخ في 1988/10/19: " **من المقرر قانونا أنه يجوز للجار أن يكون له مطل مواجه لجاره على مسافة تقل عن مترين و من ثمة النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب غير سديد.**

و لما كان من الثابت–في قضية الحال– أن المطعون ضده أحترم المسافة القانونية المنصوص عليها في المادة 709 من القانون المدني. فإن قضاة المجلس بقضائهم يفتح النافذتين يكونوا قد طبقوا القانون تطبيقا صحيحا."، حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، الجزائر، دار هومه، سنة 2005، ص 288.

[6] – يوجد اختلاف بين التشريعات في تحديد المسافة السامحة بفتح مطل على الجار؛ ففي التشريع المصري حددت المسافة بمتر أما الفرنسي في 1.90 متر (المادة 687 مدني فرنسي)، أما التشريع اللبناني فحددها بمترين(المادة 66 مدني لبناني) على غرار التشريع الجزائري.

[7] – عفيف شمس الدين، المرجع السابق،ص 203.

[8] – يرى بعض الفقه اللبناني أن قيد المسافة المذكورة في قانون البناء تعرض الباني للمسئولية اتجاه الإدارة فقط، أما في العلاقة بين الملاك المتجاورين فالتعويض عن الضرر في هذه الحالة يكون بإقفال المطلات، غير أن هذا الفرض يصدق في حاله إذا ما نص قانون البناء على مسافة أقل من المسافة المذكورة في القانون المدني أما أن كانت المسافة أكثر فلا مجال للحديث عن ذلك لأنها استوفت المسافة السابقة، انظر: المرجع نفسه، ص 302.

[9] – حدد المشرع البناني مقدار المسافة في المطل المنحرف ب خمسين سنتمترا(المادة 67 مدني لبناني) على غرار المشرع المصري(المادة 720 مدني مصري)، أما المشرع الفرنسي فقط اشترط مسافة ستين سنتمترا معتبرا أن تقليل المسافة مرده القدرة الشاملة للرؤية التي يوفرها المطل المواجه مقارنة بالمطل المنحرف، Gérard cornu, droit civil, lès biens , édition alfa, 13^{e} édition, paris, p 228.

[10] – تنص المادة 710 من القانون المدني على أنه: " **لا يجوز أن يكون لجار على جاره مطل منحرف على مسافة تقل عن ستين سنتيمترا من حرف المطل على أن هذا التحريم يبطل إذا كان هذا المطل المنحرف على العقار المجاور هو في الوقت ذاته مطل مواجه للطرق العام.**"

[11] – عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 776.

[12]– المرجع نفسه، ص 683.

[13]– رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة2002، ص457.

[14]– عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 639.

[15]– رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 375، 376.

16– يعتبر المشرع الفرنسي **حق المطل ارتفاق قانوني** مقرر للمصلحة الخاصة بفرصه القانون دون تدخل إرادة الإنسان و هو نفس مسلك المشرع اللبناني و المصري سابقا، أنظر على التوالي: Gérard cornu, op.Cit, p 226. و عفيف شمس الدين، المرجع السابق، ص 276.

17– رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 479.

18 – عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 396، 397.
19–جاء في قرار الغرفة العقارية للمحكمة العليا رقم 33909 مؤرخ في 1985/05/29 أنه:" و لما كان ثابتا في قضية الحال ان الخبير أثبت أن الطاعن فتح مطلات مواجة لجاره تقل عن مترين، فإن قضاة الموضوع الذين منعوا الطاعن عن فتح النوافذ المطلة على جاره قد طبقوا صحيح القانون، حمدي باشا عمر القضاء العقاري، المرجع السابق، ص289.
20– عبد الرزاق السنهوري، المرجع، السابق، ص 640.
21– رمضان ابو السعود، المرجع السابق، ص 478.
22– – عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 640.
23– المرجع نفسه، ص 783.
24– في هذه الحالة تطبق أحكام حق الارتفاق المنصوص عليها في المولد من867 إلى 881 بدلا من أحكام حق المطل.
25– قرار الغرفة العقارية للمحكمة العليا رقم 224346 مؤرخ في 2002/02/20، سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء العقاري، الجزائر، كليك للنشر، سنة 2009، ص 294؛ قرار الغرفة العقارية للمحكمة العليا رقم 182509 مؤرخ في 1998/11/20 غير منشور جاء فيه:" ...فإن قضاء الاستئناف استخلصوا ضمنيا أن المطعون ضده الذي أثار التقادم المكسب كان له الانتفاع هادئ و أنه كان في حسن نية و انه مضت مدة طويلة دون إزعاج ألى يوم رفع هذه الدعوى سنة1995..."
26– بما أن حق اارتفاق المطل حق عيني عقاري فيمكن اكتسابه بالتقادم لكن لا يمكن شهره لعدم وجود محرر يثبت هذا الحق ليتم شهره، و على ذلك فمن أكتسب ملكيته أن رفع دعوى على المالك السابق بتثبيت ملكية الحق العيني الذي اكتسبه بالتقادم، و يعتبر الحكم القضائي مقررا للحق و توجب شهره، محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، شهر التصرفات العقارية، الإسكندرية، منشأة المعارف، سنة 2005، ص 171.

27– أما الأراضي غير الممسوحة فيطبق عليها نظام الشهر الشخصي و بالتالي يجوز اكتساب الحقوق العينية فيها بالتقادم المكسب متى توافرت شروط الحيازة القانونية، المادة 113 من المرسوم رقم 63/76 مؤرخ في 25 مارس 1976 متعلق بتأسيس السجل العقاري.
28– مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الجزائر، دار هومه، سنة2012، ص 27.
29– عمار روابنية، **"التقادم المكسب و نظام السجل العيني"** ، قسم الوثائق، مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، سنة 2004، ص 126، 127.
30– رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 477.
31– عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 783.
32– قررا الغرفة العقارية للمحكمة العليا رقم206483 مؤرخ في 2001/03/20، جمال سايس، المرجع السابق، ص 291.
[33] – عفيف شمس الدين، المرجع السابق،ص 290.

الفهرس

أ.مايا دقايشية: الوصية كقيد على الملكية العقارية الخاصة	
د.عصام نجاح: حقوق الارتفاق الراجعة للانتفاع بالمياه	
د. بن عشي حفصية: حق ارتفاق المرور	
أ.سهام عباسي: دور التلاصق في الجوار في تقييد الملكية العقارية الخاصة «دراسة في ظل التشريع العقاري الجزائري»	
أ.حكيمة عمورة: مفهوم حق المطل كقيد على الملكية العقارية الخاصة و تأثير تقريره على سلطات المالك"	